

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34

Kandidatnummer: 582

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17956



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Metode og rettskilder	2
1.3	Den videre fremstillingen.....	9
2	RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	10
2.1	Innledning	10
2.2	Rettslig plassering	10
2.2.1	Innledning	10
2.2.2	Kort om åndsverklovens system.....	10
2.2.3	Åndsverkloven §§ 45 b og 34 – historie og forhold til internasjonal rett.....	11
2.2.4	Kollektiv rettighetsforvaltning og nemndsbehandling	13
2.3	Retten til rimelig vederlag.....	16
2.3.1	Innledning	16
2.3.2	Internasjonal rett	16
2.3.3	Økonomisk teori	20
2.4	Forbudet mot misbruk av markedsdominans	21
3	VEDERLAGSMODELLER	25
3.1	Innledning	25
3.2	Engangsvederlag	26
3.3	Variabelt vederlag	30
3.3.1	Innledning	30
3.3.2	Variabler knyttet til fremføringen.....	30
3.3.3	Variabler knyttet til lytterkretsen.....	32
3.4	Omsetningsbasert vederlag	36
3.5	Hypotetisk markedspris.....	41
4	NOEN AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	48
5	LITTERATURLISTE	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er vederlagsmodeller anvendt i nemndspraksis for utnyttelse av bestemte rettigheter i musikkverk, sett i et opphavsrettslig og konkurranserettslig perspektiv. Med "vederlagsmodeller anvendt i nemndspraksis" menes generelle metoder som angir hvordan beregningen av vederlag skal skje, herunder hvilke kriterier det er relevant å vektlegge, som kan identifiseres i Vederlagsnemndas og Kabeltvistnemndas avgjørelser. De omhandlede rettighetene er retten til offentlig fremføring av lydopptak i åndsverkloven¹ § 45b og retten til videresending av musikkverk i kringkastingssendinger i åndsverkloven § 34 jf. § 2.

Åndsverkloven har til formål å sikre kulturell produksjon og distribusjon ved etableringen av enerettsposisjoner for rettighetshaverne i åndsverk. For visse typer utnyttelse tilsier viktige samfunnshensyn at de opphavsrettslige enerettsposisjonene avgrenses for å sikre allmennhetens tilgang. Slike avgrensninger kan ta ulike former. For retten til bruk av lydopptak og til videresending av musikkverk, er det etablert tvangs- og avtalelisenser med subsidiær nemndsbehandling. For å sikre opprettholdelse av incentivene for produksjon av åndsverk i disse situasjonene, er det i internasjonale konvensjoner og EU-direktiver angitt at rettighetshaverne har krav på *rimelig vederlag* for bruken av rettighetene. Vederlagsberegningen foretas normalt i to steg: først fastsettes et vederlagsnivå som angir hva som er rimelig vederlag for bruken av rettighetene på et gitt tidspunkt, så fastsettes en vederlagsmodell for beregningen av vederlaget fremover. Anvendelsen av vederlagsmodeller er således et redskap som sikrer partene forutsigbarhet i vederlagsberegningen og kostnadsbesparelser ved å senke behovet for hyppige reforhandlinger. Fastsettelsen av vederlagsnivået utgjør et konkret bevissspørsmål som er mindre egnet for generelle drøftelser, og skal derfor ikke behandles i denne avhandlingen. Det kan likevel bemerkes at det er en vekselvirkning mellom de to stegene i vederlagsberegningen, da det er resultatet av begge som resulterer i et rimelig vederlag.

Valg og utforming av vederlagsmodeller avgjøres normalt ved avtale eller i nemndsbehandling mellom individuelle rettighetshavere og brukere. Musikkrettigheter står i en særstilling når det gjelder rettighetsklarering fordi det på dette området er lange tradisjoner for kollektiv rettighetsforvaltning både i Norge og internasjonalt. I Norge forvaltes vederlagsretten for offentlig fremføring av lydopptak av forvaltningsorganisasjonen Gramo og eneretten til videresending av verk av Norwaco. Organiseringen med kollektive forvaltningsorganisasjoner som mellomledd mellom brukere og individuelle rettighetshavere, gjør at påbudet om rimelig vederlag har betydning i to relasjoner: for beregningen av det vederlaget brukerne betaler til

¹ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2.

forvaltningsorganisasjonene og for forvaltningsorganisasjonens fordeling av de innsamlede vederlagene blant de individuelle rettighetshaverne. Relasjonen mellom forvaltningsorganisasjonen og rettighetshaverne faller utenfor denne avhandlingens tema, som knytter seg til de vederlagsmodeller som anvendes i nemndspraksis.

Systemet med kollektiv rettighetsforvaltning skaper en konsentrert markedsstruktur på markedet for lisensiering av musikkrettigheter til brukere, og på markedet for salg av forvaltningstjenester til rettighetshaverne. Dette gjør at konkurranserettslige regler også kommer til anvendelse, fordi konkurranseretten har til formål å sikre effektiv utnyttelse av ressurser i samfunnet ved fri og virksom konkurranse. Konkurranserettslige spørsmål knyttet til kollektiv rettighetsforvaltning kan tenkes å oppstå i tre relasjoner: i relasjonen mellom rettighetshaverne og den kollektive forvaltningsorganisasjonen, i relasjonen mellom brukerne og den kollektive forvaltningsorganisasjonen og i relasjonen mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner i forskjellige land. Som for retten til rimelig vederlag, skal jeg i denne avhandlingen bare behandle relasjonen mellom forvaltningsorganisasjonen og brukerne.

I praksis har det vist seg at konkurranserettslige spørsmål mellom rettighetshaverorganisasjoner og brukere først og fremst har oppstått i relasjon til vederlagsnivået. Dette kan muligens skyldes at partene i utgangspunktet er mest opptatt av resultatet av vederlagsberegningen i form av at vederlagsnivået hevdes å være for høyt. Valg av vederlagsmodell kommer dermed mer i bakgrunnen. Det kan imidlertid ikke utelukkes at forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling i EØS-avtalen² artikkel 54 og konkurranseloven³ § 11, kan sette grenser for hvilke vederlagsmodeller som er tillatt å anvende i kollektiv rettighetsforvaltning.

Avhandlingens nærmere siktemål er å undersøke forholdet mellom retten til rimelig vederlag og valg og utforming av ulike vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34 som kan identifiseres i Vederlagsnemnda og Kabelvistnemndas praksis. For øvrig skal det også undersøkes hvilken betydning det konkurranserettslige forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling har for valg og utforming av ulike vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34 som kan identifiseres i Vederlagsnemndas og Kabelvistnemndas praksis.

1.2 Metode og rettskilder

I det følgende skal jeg gi en innføring i hvilke rettskildefaktorer som skal benyttes og hvordan disse skal benyttes for å besvare problemstillingen.

² Implementert i norsk rett ved lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 § 1.

³ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12

Åndsverkloven §§ 45b og 34 utgjør det rettslige grunnlaget som de opphavsrettslige normene for valg og utforming av vederlagsmodeller må utledes fra. Lovtekst, forarbeider, rettspraksis og norsk juridisk teori gir ingen føringer for valg og utforming av vederlagsmodeller. Etter det ulovfestede presumpsjonsprinsippet må bestemmelsene tolkes i overenstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser. At vederlagsmodellen skal resultere i et rimelig vederlag følger av Bernkonvensjonen⁴, Romakonvensjonen⁵, SatCab-direktivet⁶ og utleie- og utlånsdirektivet⁷. CRM-direktivet⁸ av ble vedtatt av Europaparlamentet og Rådet den 26. februar 2014 og inneholder bl.a. generelle krav til kollektiv forvaltning av opphavsrettigheter og nærstående rettigheter. Direktivet antas å være EØS-relevant, men det er foreløpig ikke tatt stilling til gjennomføringen i norsk rett. Materielt er direktivet av relevans for den foreliggende problemstillingen, og jeg vil derfor behandle det som et relevant direktiv i det følgende.

Retten til "rimelig vederlag" er etter ordlyden en rettslig standard. Metodisk er rettslige standarder utfordrende fordi det er begrenset hva som kan utledes av ordlyden, og rettsanvenderen er nødt til å utvise konkret skjønn i hvert enkelt tilfelle. For å bøte på disse vanskelighetene skal jeg benytte meg av Knophs metode for analyse av rettslige standarder.⁹ Slik Knoph så det, var rettsanvenderen ved anvendelsen av en rettslig standard nødt til å benytte seg av både rasjonelle og irrasjonelle elementer. Formålet med Knophs tilnærming var ".. å få de forstandsmessige sidene ved avgjørelsen så skarpt frem og klart belyst som det fins råd til."¹⁰ Metoden består av tre steg.

For det første må det avklares hvilken *målestokk* standarden viser til. Med dette siktes det til hvilket formål, interesse eller interesseavveining den rettslige standarden søker å ivareta. Må-

⁴ Berne convention for the protection of literary and artistic works of September 9, 1886, completed at Paris on May 4, 1896, revised at Berlin on November 13, 1908, completed at Berne on March 20, 1914, and revised at Rome on June 2, 1928, at Brussels on 26, 1948, at Stockholm on July 14, 1967, and at Paris on July 24, 1971; and amended on October 2, 1979.

⁵ Rome convention. International convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organisations, Roma 26. Oktober 1961.

⁶ Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel.

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret.

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/26/EU af 26. februar 2014 om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder samt multiterritoriale licenser for rettigheder til musikkverker med henblik på onlineanvendelse i det indre marked.

⁹ Se Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder. Særlig om Grunnloven § 97*. Oslo, 1948.

¹⁰ Knoph (1948) s. 31.

lestokken vil ha betydning for hvilke kriterier som er relevante i vederlagsmodellen og hvordan vederlagsberegningen konkret skal foretas. For retten til "rimelig vederlag" er det ikke klart av ordlyden hvorvidt standarden forfølger en fordelingspolitisk målsetting om ivaretagelse av rettighetshavernes interesser, eller om både rettighetshaverne og brukernes interesser skal ivaretas ved en interesseavveining.

Det andre steget i metoden består av en *konkretisering* av standarden ved at det oppstilles ulike typetilfeller den er anvendelig på og som det er mulig å oppstille retningslinjer i tilknytning til.¹¹ Eckhoff definerer retningslinjer som "... normer som ikke gir direkte svar på rettsspørsmål som skal løses, men som gir anvisning på momenter som kan (eller skal) tas i betraktning ved løsningen av spørsmålene, og som undertiden også gir visse antydninger om hvilken vekt de forskjellige momentene skal tillegges."¹²

Typetilfellet for denne avhandlingen følger av avhandlingens siktemål, og er valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34. Hvilken målestokk som forfølges og hvilke normer som kan utledes av retten til rimelig vederlag for valg og utforming av vederlagsmodeller, vil være sentrale spørsmål som må avgjøres på bakgrunn av en tolkning av de internasjonale rettskildefaktorene. Om økonomisk teori kan tas i betraktning ved løsningen av disse spørsmålene beror på om dette kan begrunnes i rettskildefaktorene.¹³ Dersom økonomisk teori finnes relevant blir slutningsspørsmålet avgjort av økonomisk metode, mens harmoniseringen med andre argumenter er en del av alminnelig juridisk metode.¹⁴

Det tredje steget i Knophs metode er å belyse standardens anvendelse gjennom *praktiske eksempler*. Dette skal foretas med utgangspunkt i de vederlagsmodeller som er anvendt i Vederlagsnemndas og Kabeltvistnemndas avgjørelser. Nemndsavgjørelser er forvaltningsvedtak som ikke har nevneverdig vekt som rettskildefaktorer,¹⁵ men som kan være nyttige informasjonskilder for å belyse de utfordringer som oppstår ved anvendelsen av normene utledet av de internasjonale rettskildefaktorene. I Vederlagsnemndas og Kabeltvistnemndas avgjørelser kan det identifiseres tre hovedtyper vederlagsmodeller: engangsvederlag, omsetningsbasert vederlag og vederlag som beregnes ved at ulike variabler stilles opp i et større regnestykke. I tillegg til Vederlagsnemndas og Kabeltvistnemndas avgjørelser, vil fremstillingen suppleres med en modell fremsatt i økonomisk teori for fastsettelse av hypotetisk markedspris. Av

¹¹ Knoph brukte termen "understandarder", men det er alminnelig enighet i teorien om at det etter dagens terminologi er mer treffende å snakke om retningslinjer, se bl.a. Lunde (2001) s. 143 og Nygaard (1999) s. 347.

¹² Eckhoff/Helgesen (2001) s. 20.

¹³ Kolstad (2008) s. 398.

¹⁴ Kolstad (2008) s. 430.

¹⁵ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 233 – 234.

plasshensyn kan det ikke kan gis særlig spalteplass til sammenlikninger med vederlagsmodeller anvendt i andre land. Dette til tross for at temaet egner seg godt for komparativ analyse.

Da det følger av avhandlingens siktemål at det i tillegg til de opphavsrettslige normene, også skal undersøkes hvilken betydning konkurranseretten har for valg og utforming av vederlagsmodeller, er det nødvendig å se nærmere på det rettslige grunnlaget for konkurranserettslige vurderinger av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34.

De rettslige grunnlagene for konkurranserettslige vurderinger av norske markedsforhold finnes i konkurranseloven og EØS-avtalen, jf. EØS-loven § 1. Om EØS-avtalen kommer til anvendelse beror på om samhandelen mellom EØS-land påvirkes av den aktuelle markedsadferden. Systemet for kollektiv forvaltning av retten til bruk av lydopptak og til videresending av musikk er utformet slik at de kollektive forvaltningsorganisasjonene inngår gjensidige representasjonsavtaler med tilsvarende organisasjoner i andre land. På denne måten beholder forvaltningsorganisasjonene sine nasjonale monopoler for lisensiering av rettigheter, samtidig som de får rett til å forvalte repertoaret til utenlandske forvaltningsorganisasjoner på eget territorium. Dette innebærer at repertoaret som lisensieres til brukerne ved blankolisenser utgjør et (delvis) importert produkt, og samhandelskriteriet må dermed i utgangspunktet anses oppfylt. At EØS-avtalen kommer til anvendelse utelukker ikke samtidig anvendelse av konkurranseloven, da samhandelskriteriet ikke har til formål å regulere forholdet mellom regelsettene innenfor det felles anvendelsesområdet.¹⁶ Det er likevel presisert i forarbeidene at de norske konkurransereglene skal harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler, og det bør således legges til grunn at det materielle innholdet er det samme.¹⁷ Jeg vil derfor anvende EØS-avtalen i det følgende.

Den relevante bestemmelsen er EØS-avtalen artikkel 54, som setter forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende markedsstilling. Da valg og utforming av vederlagsmodeller i utgangspunktet blir regulert i kontrakter mellom de kollektive forvaltningsorganisasjonene og brukerne, kunne forholdet tenkes regulert av artikkel 53 som forbyr avtaler med konkurransebegrensende formål eller virkninger. At dette ikke er blitt gjort i praksis kan skyldes at det er de kollektive forvaltningsorganisasjonenes dominerende markedsstilling som skaper muligheten for å påtvinge urimelige vederlagsmodeller på brukerne. Det fremstår derfor naturlig å anvende artikkel 54. Videre er det også mulig å tenke seg at avtalene vil kunne gå klar av artikkel 53, fordi kollektiv forvaltning innebærer en rekke effektivitetsgevinster. Det avgrenses i det følgende mot artikkel 53.

¹⁶ For det tilsvarende kriteriet i Traktaten om den europeiske unions virkemåte artikkel 101 og 102, se sak 22/78, *Hugin mot Kommisjonen* premiss 17.

¹⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68.

Ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 54 følger det av homogenitetsmålsettingen som kommer til uttrykk bl.a. i EØS-avtalen artikkel 6 og fortalens punkt 15, at praksis fra EU-domstolen vil være en tungtveiende rettskildefaktor. For øvrig er ordlyden i EØS-avtalen artikkel 54 tilnærmet identisk med ordlyden i TEUV¹⁸ artikkel 102.

For at EØS-avtalen artikkel 54 skal kunne komme til anvendelse på vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34, kreves det at Gramo og Norwaco er foretak som innehar en dominant stilling på det relevante markedet. Det presiseres kort at Gramo og Norwaco omfattes av foretaksbegrepet, da dette retter seg mot alle aktører som driver med økonomisk virksomhet, uavhengig av faktisk økonomisk vinning eller formål om dette.¹⁹ Det relevante markedet er markedet for lisensiering av rettighetene i åndsverkloven §§ 45b og 34 jf. § 2, for utnyttelse i Norge.²⁰ Da kollektiv rettighetsforvaltning er påbudt, og Gramo og Norwaco er de eneste som har oppnådd autorisasjon av Kulturdepartementet, har organisasjonene monopol på lisensiering av rettighetene, og det er derfor ikke tvilsomt at de innehar dominerende stillinger på de respektive relevante markedene.²¹ EØS-avtalen artikkel 54 vil dermed kunne komme til anvendelse på forvaltningsorganisasjonenes valg og utforming av vederlagsmodeller.

Da vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34 reguleres av både opphavsrettslige og konkurranserettslige normer er det nødvendig å se nærmere på forholdet mellom de to regelsettene.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 124 at regler om eiendomsrett i medlemsstatene ikke skal berøres av avtalen. Bestemmelsen er tilnærmet identisk med TEUV artikkel 345. Etter sikker rett omfattes immaterielle rettigheter av bestemmelsene.²² Dette innebærer at forrangsregelen i EØS-loven § 2, ikke kommer til anvendelse. På denne bakgrunn er det i EU-domstolens praksis utviklet en lære om immaterialrettens *særlige karakter* i den forstand at rettighetsbeskyttelsen oppstiller et kjerneområde av normal utnyttelse som konkurransebestemmelsene må stå tilbake for.²³ Hva som utgjør rettighetenes kjerneområde gir den foreliggende praksisen ikke svar på. I teorien er det antatt at formuleringen gir uttrykk for en anerkjennelse av at det er særlige hensyn som gjør seg gjeldende på opphavsrettsområdet, og at sammenstøt mel-

¹⁸ Traktaten om den europeiske unions virkemåte, Lisboa 1997.

¹⁹ Sak C-41/90, *Höfner og Elsner mot Macrotron*, premiss 21.

²⁰ For nærmere om avgrensningen av det relevante markedet, se Kommissionens meddelelse om om afgrænsning af det relevante marked punkt 7 og 8.

²¹ For nærmere om kollektiv rettighetsforvaltning, se punkt 2.2.4.

²² Se f.eks. forente saker C-92/92 og C-326/92, *Phil Collins* premiss 17 til 28.

²³ Se eksempelvis, sak 102/77 *Hoffmann La-Roche* premiss 16 og sak C-52/07, *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa* premiss 30.

lom opphavsretten og konkurranseretten dermed må løses på bakgrunn av en helhetsbedømmelse av de underliggende hensynene som ligger til grunn for begge regelsettene.²⁴

I det følgende skal opphavsrettens og konkurranserettens grunnleggende hensyn kort presenteres og sammenholdes.

Det er særlig to hovedretninger i juridisk teori som har søkt å forklare opphavsrettens begrunnelse og grunnleggende målsettinger. I teorien er det antatt at norsk opphavsrett bygger på begge synspunkter.²⁵ Den ene retningen tar utgangspunkt i *rettferdighets- og rimelighetssynspunkter* i den forstand at den som skaper et verk også bør få høste fruktene av det.²⁶ Fra dette ståsted kan det utledes at opphavsretten skal utgjøre en kompensasjon for den innsats som ligger til grunn for skapelsen av åndsverket, det såkalte belønningshensynet.²⁷ Rettferdighets- og rimelighetssynspunkter kan imidlertid vanskelig sies å gi noe entydig svar på hvilket beskyttelsesnivå som bør tilstrebes i lovgivningen.²⁸ Den andre retningen, det *samfunnsøkonomiske synspunktet*, søker å gi et klarere svar på dette spørsmålet. Ifølge neoklassisk økonomisk teori er frie og konkurranseutsatte markeder den beste måten å oppnå optimal bruk av samfunnets ressurser og maksimering av sosial velferd.²⁹ Offentlig inngripen kan etter denne teoretiske retningen bare forsvares dersom markedet ikke fungerer uten slik regulering. På opphavsrettsområdet anses rettighetsbeskyttelse nødvendig på grunn av åndsverkets karakter som *offentlig gode*, hvilket betyr at åndsverk har ikke-ekskluderende og ikke-rivaliserende egenskaper.

At åndsverk er *ikke-ekskluderende* betyr at når et verk først er produsert, er det ikke mulig, eller uforholdsmessig kostbart, å hindre allmenheten tilgang til verket. Dette skaper *gratis-passasjer*-problemet: dersom et tilstrekkelig stort antall konsumenter ikke betaler, vil det ikke være lønnsomt å investere i frembringelsen av et verk, og verket vil dermed ikke bli produsert.³⁰ Dette til tross for at det eksisterer betalingsvillighet og det således er samfunnsøkonomisk gunstig å opprettholde produksjonen av åndsverk. Med det at et verk er *ikke-*

²⁴ Schovsbo (1996) s. 15.

²⁵ Rognstad (2009) s. 34.

²⁶ Rognstad (2009) s. 31.

²⁷ Også opphavsmenns ideelle rettigheter som f.eks. retten til å bli navngitt etter god skikk, kan utledes fra dette synspunktet. Det avgrenses mot nærmere behandling av de ideelle rettighetene.

²⁸ Rognstad (2009) s. 31.

²⁹ Elkin-Koren/Salzberger (2013) s. 58.

³⁰ I teorien er det fremhevet at det ville vært en viss produksjon av åndsverk selv i markeder uten opphavsrettslig beskyttelse, se f.eks. Rognstad (2009) s. 32. Det ligger likevel i dagen at mange åndsverk og nærstående prestasjoner ikke ville blitt muliggjort uten investeringer. Dette kan særlig sies å gjelde flere av de nærstående rettighetene som er tydeligere begrunnet i investeringsvern, f.eks. musikkprodusenters rettigheter.

rivaliserende menes at tilgangen til verket ikke påvirkes av antallet konsumenter. Det er ikke mulig å forbruke et åndsverk. Når f.eks. et kabelnett først er opprettet, vil marginalkostnaden ved hver ny bruker som kobler seg til nettet være tilnærmet null, selv om konsumpsjonen av tv-sendinger øker. Siden marginalkostnaden for hver ny person som lytter til et musikkverk er lik null, vil det når et musikkverk først er produsert, være i samfunnets interesse å gi tilgang til flest mulig.

EØS-avtalens konkurranserettsregler kan sies å ha to overordnede formål: beskyttelse av effektiv konkurranse på markedet og realiseringen av det indre marked.³¹ Effektiv konkurranse på markedet er her et middel for å nå målet om optimal bruk av samfunnets ressurser og maksimalisering av den sosiale velferden.³² At ressursene til enhver tid utnyttes optimalt betegnes som *statisk effektivitet*. Dette fordrer allokering av samfunnets ressurser til der de gjør mest nytte for seg og rasjonalisering av produksjonsmåter slik at minst mulig ressurser går med til produksjon av varer og tjenester. Effektivitet kan imidlertid også utgjøre en forøkelse av ressursene i samfunnet som følge av investeringer i forskning og utvikling, såkalt *dynamisk effektivitet*.

En avveining av hensynet til statisk og dynamisk effektivitet tilsier at rettighetsbeskyttelsen må være på et slikt nivå at de dynamiske effektivitetsgevinstene oppveier tapet av statisk effektivitet.³³ Dette er i samsvar med opphavsrettens underliggende målsettinger. Mens åndsverks ikke-ekskluderende karakter tilsier at rettighetsbeskyttelse er nødvendig for å sikre incentiver til investering i produksjon av åndsverk, vil åndsverks ikke-rivaliserende karakter tilsi at rettighetsbeskyttelsen begrenses til det som er nødvendig for å oppnå incentivformålet. På denne bakgrunn fremstår det ikke å være noe motsetningsforhold mellom opphavsrettens og konkurranserettens begrunnelser, snarere fremstår regelsettene som kompletterende deler av et større rammeverk for å fremme produksjon og distribusjon av åndsverk.³⁴

Avveiningen av hensynene til incentiver for rettighetshavere mot allmennhetens tilgang, begrunner beskyttelsesnivået ved *opprettelsen* av rettighetsposisjonene i form av at det stilles kvalifiserte krav for å oppnå beskyttelse og for beskyttelsens styrke og lengde. Avveiningene av hensynene vil imidlertid også komme inn ved *utøvelsen* av rettighetene, herunder ved valg og utforming av vederlagsmodeller.

³¹ EØS-avtalen artikkel 1(1) og (2) bokstav c. Det avgrenses i det følgende mot målsettingen om realisering av det indre marked.

³² Whish/Bailey (2012) s. 4.

³³ Kolstad (1998) s. 434.

³⁴ På denne bakgrunn tar Drexel til orde for å benytte termen «creative competition» i stedet for «dynamic competition» som normalt anvendes på med tanke på innovasjon i teknologi, se Drexel (2007) s. 21.

1.3 Den videre fremstillingen

For å muliggjøre undersøkelser av forholdet mellom retten til rimelig vederlag og forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling på den ene siden og valg og utforming av vederlagsmodeller i nemndspraksis på den andre siden, må først reglenes nærmere innhold konkretiseres i kapittel 2. Det skal her avgjøres hvilke hensyn reglene er ment å ivareta og hvilke normer som kan oppstilles for valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34. I kapittel 3 skal de sentrale vederlagsmodellene som er anvendt i Vederlagsnemndas og Kabeltvistnemndas praksis identifiseres og holdes opp mot de opphavsrettslige og konkurranserettslige normene for valg og utforming av vederlagsmodeller. I kapittel 4 vil jeg knytte noen avsluttende bemerkninger til drøftelsene av vederlagsmodellene.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Innledning

I dette kapitlet gis det en innledende presentasjon av retten til rimelig vederlag i internasjonal rett og forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling i EØS-avtalen artikkel 54. Hensikten er å fastlegge de relevante hensynene og normene for valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34. For å kunne vurdere vederlagsmodellene anvendt i nemndspraksisen, må det først avklares hvilke normer og hensyn praksisen skal holdes opp mot. Resultatet av dette kapitlet vil derfor utgjøre grunnlaget for analysen av vederlagsmodeller i kapittel 3, og er et nødvendig ledd i besvarelsen av problemstillingen.

Fordi valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34, ikke tidligere har vært presentert i juridisk teori, anser jeg det nødvendig først å presentere reglenes rettslige kontekst i åndsverkloven (punkt 2.2). Så skal retten til rimelig vederlag tolkes på bakgrunn av internasjonal rett, supplert med økonomisk teori (punkt 2.3), og deretter skal betydningen av forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling for valg og utforming av vederlagsmodeller avgjøres (punkt 2.4). Punkt 2.3 og 2.4 vil til sammen utgjøre presentasjonen av hensynene og normene som vederlagsmodellene i nemndspraksisen skal holdes opp mot i kapittel 3.

2.2 Rettslig plassering

2.2.1 Innledning

Da kravet om at vederlagsmodeller skal resultere i et rimelig vederlag fremkommer av en tolkning av åndsverklovens bestemmelser, er det nødvendig å se kort på åndsverklovens system og de aktuelle rettighetenes innhold og historie.

2.2.2 Kort om åndsverklovens system

Åndsverkloven § 1 gir den som skaper et åndsverk opphavsretten til verket. Opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i loven, opphavsmannen en tidsbegrenset enerett til å råde over verket ved å fremstille eksemplar og ved tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten, jf. åndsverkloven § 2. Kapittel 5 i åndsverkloven omhandler andre nærstående rettigheter som kan oppstå i et verk. Omfanget av vernet for de nærstående rettighetene fremgår direkte av bestemmelsene i kapittel 5 og likner generelt det for opphavsrettigheter.

I musikkverk vil det ofte være mange ulike rettighetshavere, herunder tekstforfattere, komponister, musikkforlag, artister, og plateselskap. For musikkverk er særlig fremføring for offentligheten en sentral utnyttelsesform, og det kan her skilles mellom livefremføringer og fremfø-

ring av musikk ved bruk av lydopptak. Denne avhandlingen omhandler sistnevnte utnyttelsesform.

Ved bruk av åndsverk er det rettslige utgangspunktet at all bruk som faller inn under eneretten krever samtykke fra rettighetshaverne. Om det skal inngås avtale og på hvilke vilkår er underlagt det grunnleggende prinsippet om avtalefrihet. Rettighetshavernes enerett er imidlertid avgrenset mot regler som er ment å sikre allmenheten en viss tilgang, jf. åndsverkloven kapittel 2. Lovgiver har her foretatt en avveining av allmenhetens behov for tilgang til verkene og rettighetshaverns interesser, i form av bestemmelser om fri bruk eller bruk mot vederlag. Felles for bestemmelsene er at de er ment å ivareta tungtveiende samfunnsmessige eller praktiske hensyn, slik som fri samfunnsdebatt, fri religionsutøvelse og bruk i undervisning og forskning.³⁵ Åndsverkloven §§ 45b og § 34 befinner seg i kapittel 2 i loven.

2.2.3 Åndsverkloven §§ 45 b og 34 – historie og forhold til internasjonal rett

Åndsverkloven § 45b (1) første punktum gir tillatelse til offentlig fremføring av lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner, mot at det betales vederlag til tilvirker og utøvende kunstner. Etter annet punktum gjelder bestemmelsen ikke fremføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for opptaket, såkalt "passiv overføring" eller "on demand"-tjenester.³⁶ Heller ikke lydfilm er omfattet, jf. bestemmelsens femte ledd. Slik bruk tilhører dermed fortsatt rettighetshaverens enerett.

Frem til 1989 hadde ikke utøvende kunstnere eller tilvirkere individuelle rettigheter, men ble tilgodesett gjennom en kollektiv vederlagsordning regulert i fondsavgiftsloven.³⁷ Ved innføringen av åndsverkloven § 45b i 1989, ble det gitt individuelle rettigheter til utøvende kunstnere og tilvirkere for bruk av lydopptak i kringkasting.³⁸ Det tidligere forbeholdet til Roma-konvensjonen artikkel 12 ble da opphevet for sekundærfremføring i kringkasting.³⁹ Innføringen av individuelle rettigheter på dette området ble begrunnet med rimelighetshensyn, og det ble blant annet vist til at det gjaldt tilsvarende ordninger i andre land, at den internasjonale rettsutviklingen gikk i denne retningen og at det fra kunstnerhold ble hevdet at det var skjedd en økning i bruken av lydopptak i kringkasting.⁴⁰ Som følge av utleie- og utlånsdirektivet ar-

³⁵ NOU 1984:25 s. 39

³⁶ Bestemmelsen er et utslag av InfoSoc-direktivet artikkel 3(2).

³⁷ Lov om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstners prestasjoner mv. (fondsavgiftsloven) av 14. desember 1956 nr. 4.

³⁸ Se lov om endringer i I) lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og II) lov av 14. desember 1956 nr. 4 om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v., av 9. juni 1989 nr. 31.

³⁹ Ot.prp.nr.36 (1988-1989) s. 20 og 26.

⁴⁰ Ot.prp.nr.36 (1988-1989) s. 15.

tikkel 8 (2), ble bestemmelsen i år 2000 utvidet til å gjelde alle former for utnyttelse, og forbeholdet til Romakonvensjonens artikkel 12 ble helt opphevet.⁴¹ Den kollektive vederlagsordningen i fondsavgiftsloven gjelder i dag bare for verk som ikke er vernet etter åndsverkloven, jf. åndsverkloven § 45b (5) annet punktum i samsvar fondsavgiftsloven § 3 (2).

Da tillatelse til bruk følger av ordlyden, er åndsverkloven § 45b en tvangslisens. Rettighetshaverne kan dermed ikke forby bruk av rettighetene, men slik bruk utløser krav på vederlag fra brukerne. Det følger av åndsverkloven § 35 i samsvar med generalforskriften⁴², at hver av partene kan kreve vederlag for bruken, fastsatt på bindende måte. Etter generalforskriften § 4-1 kan tvist om vederlag bringes inn for Kultur- og kirkedepartementet, eller departementet kan henvise saken til en nemnd.⁴³

Åndsverkloven § 34 angir at verk som lovlig inngår i en kringkastingssending ved samtidig og uendret videresending, kan gjøres tilgjengelig for allmennheten når den som videresender oppfyller betingelsene for avtalelisens etter § 36 første ledd, eller videresender etter tillatelse gitt av nemnd etter bestemmelsene i § 36 (2).

Bestemmelsen ble innført i 1985 i lovens daværende § 20a.⁴⁴ Ved innføringen forutsettes det i forarbeidene at bestemmelsen er i samsvar med Bernkonvensjonen artikkel 11bis (2).⁴⁵ I forbindelse med en revisjon av åndsverkloven i 1995 ble bestemmelsen flyttet til dens nåværende plassering i § 34.⁴⁶ Ved denne revisjonen ble forholdet til SatCab-direktivet vurdert, og det ble gjort tilpasninger slik at nåværende § 34 er i samsvar med direktivets bestemmelser.⁴⁷

Åndsverkloven forutsetter et skille mellom den primære kringkastingen av en sending og videresendingen av den samme sendingen.⁴⁸ Tradisjonelt var det kabelselskapene som sto for videresendingen ved å ta ned analoge, ukrypterte tv-signaler og videresende disse i kabelnett.

⁴¹ Se lov om endringer i åndsverkloven og lov og avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v. av 23. juni 2000 nr. 52 og ot.prp.nr.15 (1999-2000) s. 23.

⁴² Forskrift til åndsverkloven (lov av 12. mai 1961 nr.2 om opphavsrett til åndsverk m.v.) av 21. desember 2001 nr. 1563.

⁴³ I praksis blir i dag alle tvister om vederlagets størrelse oversendt til Vederlagsnemnda jf. Ot.prp. nr. 15 (1999-2000) s. 21.

⁴⁴ Se lov om endringer i I) lov 13. juni 1980 nr. 36 om kringkasting, II) lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. III) lov 17. juni 1960 om rett til fotografi, av 21. juni 1985 nr. 86.

⁴⁵ Ot.prp.nr.80 (1984-1985) s. 6.

⁴⁶ Se lov om endringer i åndsverkloven m.m. av 2. juni 1995 nr. 27.

⁴⁷ Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s. 75-76 og 142.

⁴⁸ I Bernkonvensjonen artikkel 11bis (1) (iii) defineres videresending som sending forestått av et annet foretak enn det opprinnelige foretaket. Forutsetningen må imidlertid være at det er en primærsending å videresende jf. TOSLO-2010-172932-2 (Riks-TV) s. 9 og Rognstad (2009) s. 281.

For norske kringkastere er det uklart hvorvidt denne sonderingen fortsatt har betydning nå som all kringkasting skjer digitalt ved hjelp av en tredjepart og det ikke lenger er mulig å mota analoge ukrypterte sendinger. Videre-sendingsbegrepet har uansett fortsatt relevans i relasjon til kringkasting av nabolandskanaler da slik utnyttelse neppe vil være klarert med rettighetshaverne.

Etter sin ordlyd angir åndsverkloven § 34 to alternative fremgangsmåter for rettighetsklaring, enten ved avtale med avtalelisensvirkning jf. § 36 (1) eller ved nemndsbehandling jf. § 36 (2). Avtalelisenser kan ses som en særegen form for tvangslisens som utløses ved at bruke av åndsverk inngår avtaler med representative rettighetshaverorganisasjoner, som på nærmere bestemte vilkår får virkning også for de rettighetshavere som ikke er medlem av rettighetshaverorganisasjonen. Rettighetsklareringen skjer således overfor medlemmene til rettighetshaverorganisasjonen ved avtale, og overfor ikke-medlemmer ved tvangslisens.

Åndsverkloven § 36 (2) i samsvar med § 34 (1) annet komma, angir at dersom avtale ikke er inngått innen seks måneder etter at forhandlingene startet, kan hver av partene kreve at Kabel-tvistnemnda gir tillatelse til og angir vilkårene for videre-sending med bindende virkning for partene. De nærmere reglene for Kabeltvistnemndas kompetanse er angitt i generalforskriften §§ 4-5 til 4-12.

2.2.4 Kollektiv rettighetsforvaltning og nemndsbehandling

I dette avsnittet skal det gjøres rede for hjemmelen og hensynene som ligger til grunn for ordningen med kollektiv rettighetsforvaltning med subsidiær nemndslisens.

Etter åndsverkloven § 45b (2) og § 34 (2) i samsvar med § 38a, er det bestemt at vederlagene skal forvaltes gjennom oppkreivings- og fordelingsorganisasjoner som er godkjent av Kulturdepartementet.⁴⁹ Rettighetshaverorganisasjonene Gramo og Norwaco har i dag slik godkjen-nelse. Når kollektiv rettighetsforvaltning etter bestemmelsene er påbudt, fratas rettighetsha-verne muligheten til selv å forhandle og kreve vederlag direkte fra brukerne.⁵⁰ Dette innebæ-rer ikke en overdragelse av rettighetene til Gramo og Norwaco, men at disse organisasjonene innehar en mellommannfunksjon ved at de har fullmakt til å forhandle, innkreve og fordele vederlag fra brukerne til rettighetshaverne.

⁴⁹ For rettighetene til videre-sending følger et krav om kollektiv rettighetsforvaltning direkte av SatCab-direktivet artikkel 9 (1).

⁵⁰ Merk at Gramo gjennom forvaltningsavtaler også administrerer andre rettigheter på vegne av medlemmene, f.eks. rettighetene til innkopiering av lydopptak i tv-programmer. For slike rettigheter vil det være regulert i forvaltningsavtalen mellom Gramo og rettighetshaveren hvorvidt Gramo har en eksklusiv rett til klarering.

Behovet for kollektiv rettighetsforhandling oppstår fordi det er umulig eller uforholdsmessig vanskelig for brukerne og rettighetshaverne å forhandle direkte seg i mellom. For fremføring av lydopptak etter åndsverkloven § 45b fremgår det av forarbeidene at lovgiver mente at en "... kan ikke ha et system der det må innhentes samtykke fra de enkelte rettighetshaverne hver gang en grammofonplate e.l. skal brukes ved en fremføring utenfor det private område".⁵¹ Den samme begrunnelsen gjør seg gjeldende for videresending. Det fremstår ikke som praktisk gjennomførbart om kabelnetteiere og andre aktører som foretar videresending, må oppsøke og innhente tillatelse fra hver enkelt rettighetshaver. De praktiske problemene forbundet med klarering av videresendingsrettigheter vil imidlertid ikke gjøre seg gjeldende dersom rettighetene er klarert bakover av kringkasterne. At kringkasteres rettigheter er unntatt fra avtalelisensen bør ses på denne bakgrunn.⁵²

Forarbeidene gir uttrykk for det som i økonomisk teori omtales som *høye transaksjonskostnader*. Med "transaksjonskostnader" menes kostnadene ved at partene skal identifisere og kontakte hverandre, samt gjennomføre forhandlinger om vilkår og pris for bruk av rettighetene.⁵³ Kollektiv rettighetsforvaltning avhjelper dette problemet ved at det oppnås stor-driftsfordeler og dermed lavere administrasjonskostnader for hver enkelt transaksjon.⁵⁴ Stor-driftsfordeler vil også kunne lette overvåking og håndhevelse av opphavsrettsbrudd.

En praktisk konsekvens av kollektiv rettighetsforvaltning er en *styrking av rettighetshavernes stilling i forhandlinger* med brukerne. Styrkingen av rettighetshaverorganisasjonenes forhandlingsstyrke vis-à-vis brukerne gjør seg særlig gjeldende ved avtalelisenser, herunder klarering av videresendingsrettigheter, jf. åndsverkloven § 34 jf. § 2. Dette fordi at dersom rettighetshaverorganisasjonen ønsker å oppnå et høyere vederlag for rettighetene og velger å si opp avtalen med brukeren, vil brukeren måtte avstå fra all bruk av ikke bare verkene til medlemmene av rettighetshaverorganisasjonen, men også alle andre tilsvarende verk. Opprettelsen av ordningen med subsidiær nemndslisens fra Kabeltvistnemnda må ses på denne bakgrunn.⁵⁵ Det fremgår av forarbeidene at lovgiver ved opprettelsen av Kabeltvistnemnda ønsket å hindre langvarige avbrudd i sendingene ved at rettighetshaverne nedlegger forbud mot bruk.⁵⁶ Den

⁵¹ NOU 1985: 30 s. 59.

⁵² Åndsverkloven § 36 (1) siste punktum i samsvar med SatCab-direktivet artikkel 10. Bestemmelsen gjelder derfor ikke bare signalrettighetene, men også kringkasterens ervervede rettigheter jf. Ot.prp.nr. 15 (1994-95) s. 75-76 og 141.

⁵³ Riis (2005) s. 101.

⁵⁴ Handke/Towse (2007) s. 939 – 940.

⁵⁵ Rognstad (2009) s. 218.

⁵⁶ Ot.prp.nr.80 (1984-1985) s. 23 og NOU 1984:25 s. 40-41. I Kulturdepartementets høringsbrev av 01.07.2014 er det stilt spørsmål ved holdbarheten av dette argumentet i dagens medievirkelighet, se høringsnotatet s. 29.

sentrale begrunnelsen for nemndsordningen fremstår dermed å være ønsket om å hindre uforholdsmessig bruk av markedsrett til skade for sluttbrukerne.

For nemndsbehandling i relasjon til åndsverkloven § 45b, er begrunnelsen for opprettelsen av nemndsordningen en annen enn for åndsverkloven § 34. Begrunnelsen for nemndsbehandling i relasjon til tvangslisensene ligger i de praktiske problemene og potensialet for tvister som oppstår som følge av at det forhandles om vederlag etter at rettighetsbruken er foretatt. Når eneretts- og avtalemekanismen på markedet tilsidesettes ved tvangslisenser, fratas rettighets-haverne muligheten til å tvinge frem en avtale. Ved uenighet mellom partene oppstår det dermed et behov for prisfastsettelse av en ekstern instans. Prisfastsettelse i nemnd ble av lovgiverne ansett mer hensiktsmessig enn prisfastsettelse i domstolene. Nemndsbehandling har sammenliknet med domstolsbehandling de fordelene at saksbehandlingen er raskere, billigere og mer fleksibel i forhold til partenes behov, herunder har nemndene kompetanse til å fastsette pris og vilkår med virkning fremover i tid.⁵⁷

Reglene for nemndsbehandling er gitt i generalforskriften §§ 4-1 – 4-3 for Vederlagsnemnda og §§ 4-5 – 4-12 for Kabeltvistnemnda. Vederlagsnemnda har kompetanse til å behandle alle tvister om vederlag for offentlig fremføring av lydopptak, bortsett fra bruk av lydopptak ved videresending av kringkastingssendinger. Slik tilgjengeliggjøring hører inn under Kabeltvistnemndas kompetanseområde jf. generalforskriften § 4-5.

Da det følger av åndsverklovens bestemmelser og forarbeider at avtale med kollektive forvaltningsorganisasjoner er den prinsipale fremgangsmåten for vederlagsfastsettelse av rettighetene i åndsverkloven § 45b og § 34 jf. § 2,⁵⁸ tilsier en overordnet systembetragtning at de samme krav må gjelde for nemndenes valg og utforming av vederlagsmodeller, som de krav som stilles til forvaltningsorganisasjonenes avtalepraksis. Systemet forutsetter at partene ikke bør komme bedre ut ved nemndsbehandling enn hva som ville vært tilfellet ved frie avtaleforhandlinger.

⁵⁷ Ot.prp.nr.80 (1984-1985) s. 23 og NOU 1984:25 s. 40-41.

⁵⁸ For åndsverkloven § 34 kan det leses ut av ordlyden i bestemmelsen i samsvar med generalforskriften § 4-7. For åndsverkloven § 45b kommer det klart frem i ot.prp.nr.15 (1999-2000) s. 21: " Departementet finner det ikke riktig å uttale seg om vederlagets størrelse, da dette skal fastsettes i forhandlinger mellom partene." Dette er for øvrig også i samsvar med utleie- og utlånsdirektivet artikkel 8 (2) siste punktum og SatCab-direktivet artikkel 8 (1).

2.3 Retten til rimelig vederlag

2.3.1 Innledning

I dette punktet skal det undersøkes hvilke interesser retten til rimelig vederlag er ment å ivareta og hvilke normer som kan utledes for valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34.

At vederlagsmodeller etter åndsverkloven §§ 45b og 34, skal resultere i et rimelig vederlag, fremkommer ikke av bestemmelsenes ordlyd. Det henvises heller ikke direkte til "rimelig vederlag" i forarbeidene. Det fremkommer imidlertid av forarbeidene at bestemmelsene er ment å gjennomføre en rekke internasjonale konvensjoner og direktiver i norsk rett. Tolkningen av retten til rimelig vederlag må dermed gjøres med utgangspunkt i internasjonal rett supplert med økonomisk teori der dette er relevant.⁵⁹

2.3.2 Internasjonal rett

Den relevante bestemmelsen i Bernkonvensjonen er artikkel 11bis. Etter artikkelens første ledd (ii) har opphavsmenn enerett til videresending av kringkastingssendinger. Bestemmelsens annet ledd lar det være opp til konvensjonslandene hvordan enerettene skal utøves, men implementeringen må under ingen omstendigheter:

"... be prejudicial to the moral rights of the author, nor to his right to obtain *equitable remuneration* which, in the absence of agreement, shall be fixed by competent authority." (min kursiv)

Av Romakonvensjonen artikkel 12 fremgår det:

"If a phonogram published for commercial purposes, or a reproduction of such phonogram, is used directly for broadcasting or for any communication to the public, a single *equitable remuneration* shall be paid by the user to the performers, or to the producers of the phonograms, or to both. Domestic law may, in the absence of agreement between these parties, lay down the conditions as to the sharing of this remuneration." (min kursiv)

Utleie- og utlånsdirektivet artikkel 8 (2) angir:

⁵⁹ Det bemerkes at rimelig vederlag-standarden også fremkommer av flere andre internasjonale instrumenter enn de som er relevante for denne avhandlingen. Se bl.a. TRIPS-avtalen (Trade Related aspect of Intellectual Property rights) artikkel 14 (4), WIPO Copyright Treaty artikkel 7 (3) og WIPO Performance and Phonograms Treaty artikkel 9 (2), 14 (4) og 15. De to sistnevnte traktatene er ikke tiltrådt av Norge.

"Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere og fonogramfremstillere ret til vederlag, som deles mellem dem, således at brugeren betaler et *rimeligt, samlet vederlag*, hvis et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, anvendes til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til kommunikation til offentligheden. Medlemsstaterne kan, hvis der ikke er enighed mellem de udøvende kunstnere og fonogramfremstillerne, fastlægge betingelserne for et sådant vederlags fordeling mellem dem." (min kursiv)

I SatCab-direktivets forale premiss 25, fremgår det at:

"... beskyttelsen af ophavsretsbeslægtede rettigheder bør bringes på linje med beskyttelsen i Rådets direktiv 92/ 100/EØF af 19. november 1992 (...) dette bør især sikre udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammer et *rimeligt vederlag* for tilgængeliggørelse for almenheden via satellit af deres fremførelser eller fonogrammer..." (min kursiv)

Videre inneholder også CRM-direktivet en passus av relevans, selv om ordlyden er noe annerledes enn i de øvrige direktivene. Av direktivets artikkel 16 (2) andre avsnitt første punktum fremgår:

"Rettighetshavere skal modtage et *passende vederlag* for anvendelsen af rettighederne." (min kursiv)

Da ordlyden i seg selv gir liten veiledning for valg og utforming av vederlagsmodeller, er det nødvendig å se hen til andre tolkningsfaktorer.

Brennan undersøkte i sin doktorgrad opprinnelsen til "rimelig vederlag" i internasjonal rett.⁶⁰ Han fant at før innføringen av artikkel 11bis (2) i Bernkonvensjonen ved revisjonskonferansen i Roma i 1928, var det ikke tidligere gjort bruk av standarden i internasjonal rett. Imidlertid hadde den tyske delegasjonen foreslått innføring av standarden i relasjon til artikkel 13 ved Berlin-revisjonen av traktaten i 1908. Det tyske forslaget var direkte utledet av termen *eine angemessene Vergütung*, som kan oversettes til "tilstrekkelig godtgjørelse" og som i tysk rett ble anvendt ved tvangslisenser i patentretten. I tysk rett viser begrepet nærmere bestemt til at tvangslisensens vederlag "... must be set within two boundaries: it should grant the patentee reasonable compensation, but it should also enable the licensee to sustain the operation for

⁶⁰ Se Brennan (2005) s. 4 - 5.

business".⁶¹ Selv om det tyske endringsforslaget ble forkastet i 1908, ble det tatt inn i relasjon til artikkel 11bis (2) ved Roma-revisjonen i 1928. Forhistorien til "rimelig vederlag" i internasjonal rett trekker dermed i retning av at den rettslige standarden gir anvisning på en avveining av interessene til rettighetshaverne og brukerne.

Det er særlig EU-domstolens praksis fra senere år som har bidratt til klargjøring av rimelig vederlag-standardens innhold.

Spørsmålet om hva som er et "rimelig vederlag" i relasjon til utleie- og utlånsdirektivet artikkel 8 (2) kom første gang opp i sak *SENA*.⁶² Saken gjaldt en prejudisiell henvendelse fra Hoge Raad i Nederland i en sak mellom Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (*SENA*)⁶³ og Nederlandse Omroep Stichting (*NOS*)⁶⁴ om fastsettelse av rimelig vederlag til utøvende kunstnere og tilvirkere for bruk av lydopptak i radio og tv.

EU-domstolen kom her til at rimelig vederlag i utleie- og utlånsdirektivets artikkel 8 (2) er et fellesskapsrettslig begrep som må tolkes og anvendes på samme måte i alle medlemsstatene. Da direktivet ikke inneholder noen nærmere definisjon av begrepet, er det imidlertid opp til medlemsstatene å fastsette de relevante kriteriene for vederlagsberegningen innenfor grensene angitt i direktivet og den øvrige EU-retten.⁶⁵

Etter EU-domstolens syn er artikkel 8 (2) *ikke til hinder* for en vederlagsmodell som inneholder varierende og faste kriterier, slik som antall timer lydopptakene utsendes, antall lyttere og seere, avtalebaserte priser for opphavsrettighetene i verkene, priser som anvendes av offentlige kringkastere i naboland og priser som betales av kommersielle stasjoner.⁶⁶ Modellene må imidlertid ikke være i strid med noe fellesskapsrettslig prinsipp, og de må muliggjøre:

"... en passende ligevægt mellem de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres interesse i at modtage et vederlag for radio- og fjernsynsudsendelse af et bestemt

⁶¹ Federal Patent Court (Bundespatentgericht) 07.06.1991 Sak nr. 3 1/90 (EU) "Compulsory License for Pharmaceutical Product". Publisert på engelsk i *International Review of Industrial Property and Copyright Law* (1993, hefte 3), s. 404.

⁶² Sak C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)*.

⁶³ Nederlandsk rettighetshaverorganisasjon for utøvende kunstnere og tilvirkere av lydopptak.

⁶⁴ Nederlandsk organisasjon for radio og tv.

⁶⁵ Sak C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* premiss 34 og 38.

⁶⁶ Sak C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* premiss 46.

fonogram og tredjemands interesse i at kunne udsende dette fonogram under rimelige betingelser..."⁶⁷

Selv om EU-domstolens uttalelser konkret gjelder bruk av lydopptak ved kringkasting, er det lite som tilsier at de ikke også kan ha relevans ved andre utnyttelsesformer. Som påpekt av Brennan passer interesseavveiningen som EU-domstolen gir anvisning på, godt overens med den opprinnelige tyske forståelsen i relasjon til Bernkonvensjonen.⁶⁸

Slik domspremissene i *SENA* er formulert er det i prinsippet ingen begrensninger med hensyn til hva slags vederlagsmodell som *kan* ligge til grunn for fastsettelsen av et rimelig vederlag, *så lenge* modellen ivaretar den angitte interesseavveiningen *og* ikke er i strid med fellesskapsrettslige prinsipper. Som Karnell uttrykte det har EU-domstolen unngått å "... fastna i en definitionsfälla"⁶⁹. En fellesskapsrettslig definisjon kunne etter Karnells syn fort blitt lite fleksibel og formalistisk i møte med de forskjellige nasjonale markedene, ny teknologi og nye utnyttelsesformer.

Selv om EU-domstolen ikke gir noen definisjon eller bindende kriterier for utformingen av vederlagsmodeller, angis noen normer, som nå må anses kodifisert i CRM-direktivet.

For det første skal kriteriene i vederlagsmodellene være *objektive*.⁷⁰ For det andre skal vederlaget stå i et rimelig forhold til den økonomiske verdien av rettighetenes anvendelse i handelen.⁷¹ Det er nærliggende å forstå dette slik at vederlaget skal stå i et rimelig forhold til *markedsprisen*.

CRM-direktivet inneholder videre enda en norm som er av betydning for valg og utforming av vederlagsmodeller i direktivets artikkel 12 (3):

"Administrationsomkostningerne må ikke overstige de begrundede og dokumenterede omkostninger, som afholdes af den kollektive forvaltningsorganisation i forbindelse med forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder."

⁶⁷ Sak C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* premiss 46.

⁶⁸ Brennan (2005) s. 5.

⁶⁹ Karnell (2003) s. 293.

⁷⁰ Sak C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* premiss 44 og CRM-direktivet artikkel 16 (2) første avsnitt første punktum.

⁷¹ Sak C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* premiss 37 og CRM-direktivet artikkel 16 (2) andre avsnitt andre punktum.

For å oppsummere kan det først vises til at retten til rimelig vederlag etter internasjonal rett er ment å ivareta både rettighetshavernes og brukernes interesser. Det er videre grunnlag for å utlede tre opphavsrettslige normer for valg og utforming av vederlagsmodeller: modellene må resultere i markedspris, de må bygge på objektive kriterier og kostnadsbruken forbundet med utøvelse av modellene må ikke overskride det begrunnede.

2.3.3 Økonomisk teori

Da markedspris i utgangspunktet er en økonomisk term, vil økonomisk teori utgjøre relevante argumenter ved fastleggelsen av begrepets juridiske meningsinnhold.

Riis har undersøkt økonomiske aspekter ved enerettigheter og vederlagsrettigheter i avhandlingen *Enerettigheter og vederlagsrettigheter. Håndhævelse af immaterialrettigheter i økonomisk perspektiv*. Han oppsummerer økonomisk teori slik at vederlaget bør beregnes på den måte som resulterer i "det effiente vederlag".⁷² Med dette menes det vederlag som sikrer den optimale balansen mellom rettighetsbeskyttelsens samfunnsøkonomiske fordeler og omkostninger som angitt i punkt 1.2 over. Avbalanseringen av disse hensynene tilsier at rettighetshaverne gis mulighet til å tjene inn kostnadene ved frembringelsen, samt gi han eller hun et normalt overskudd, men heller ikke mer enn dette.⁷³ Ifølge tradisjonell økonomisk teori vil denne prisen fremkomme ved frivillige avtaler i et velfungerende marked.⁷⁴ Ved innføringen av nemndslisensordningen settes imidlertid tilbuds- og etterspørselsmekanismen ut av spill. Det blir da opp til nemndene å fastsette "det effiente vederlag".

I økonomisk teori er det skissert flere alternative metoder for å fastsette det vederlag som vil måtte antas å fremkomme ved frivillige avtaler på et hypotetisk velfungerende marked. Av de fremgangsmåtene som oftest fremheves i økonomisk teori, skiller Riis mellom to hovedtyper.⁷⁵ Den første typen omtales som *etterspørselsbaserte metoder* og omfatter de metodene hvor vederlaget fastsettes med henblikk på etterspørselen på markedet. Den andre typen vederlagsfastsettelse omtales som *tilbudsbaserte metoder* og sikter til de metodene hvor vederlaget fastsettes med henblikk på rettighetshaverens kostnader ved skapelsen av frembringelsen.

Det er åpenbart at økonomisk vederlagsfastsettelse, uansett metode, ofte vil medføre *informasjonsproblemer*. Som påpekt av Handke/Towse "... if CCS [copyright collecting societies], whose job it is to monitor the market for copyright works, find it hard to determine the right

⁷² Riis (2005) s. 375.

⁷³ Riis (2005) s. 379.

⁷⁴ Riis (2005) s. 376.

⁷⁵ Riis (2005) s. 378.

price, regulators will hardly find it much easier."⁷⁶ Det later likevel til å være størst oppslutning i økonomisk teori om de etterspørselsbaserte modellene.⁷⁷ Dette må etter Riis' syn ses på bakgrunn av at informasjonsproblemene lettere kan avhjelpes ved de etterspørselsbaserte metodene som krever kjennskap til markedsforhold, mens de tilbudsbaserte metodene krever kjennskap til rettighetshavernes individuelle og interne forhold.⁷⁸

På denne bakgrunn kan det av økonomisk teori sluttet at markedsprisen vil fremkomme ved frivillige avtaler i et velfungerende marked. Når tilbuds- og etterspørselsmekanismen settes ut av spill, blir det opp til nemndene å fastsette en hypotetisk markedspris. Det synes å være størst enighet i økonomisk teori om at dette best kan foretas ved vederlagsfastsettelse med henblikk på etterspørselen på markedet.

2.4 Forbudet mot misbruk av markedsdominans

I dette punktet skal det undersøkes hvilke hensyn og hvilke normer for valg og utforming av vederlagsmodeller som kan utledes av det konkurranserettslige forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling i EØS-avtalen artikkel 54.

EØS-avtalen artikkel 54 setter forbud mot foretaks utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling på markedet. Bestemmelsen kan deles inn i to hovedvilkår, foretaket må inneha en dominant stilling på markedet og det må misbruke denne stillingen. Det forutsettes i det følgende at Gramo og Norwaco er dominante foretak.⁷⁹

Det er klart at det ikke er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 54 å inneha en dominerende stilling på markedet.⁸⁰ Det som rammes er utilbørlig utnyttelse eller misbruk av slik stilling. Om misbruksbegrepet har EU-domstolen uttalt at det er et objektivt begrep som omfatter adferd som kan påvirke strukturen i et marked hvor konkurransen allerede er svekket, som følge av at det dominerende foretaket tar i bruk "... andre midler [...] end i den normale konkurranse om afsætning af varer og tjenesteydelser..."⁸¹ Med normal konkurranse forstås i alminnelighet konkurranse på pris og kvalitet, men formuleringen er i teorien kritisert for å være vag og intetsigende.

⁷⁶ Handke/Towse (2007) s. 946.

⁷⁷ Riis (2005) s. 379, PwC: *Valuing the use of recorded music* (2008) s. 10, Brennan (2002) s. 372 og Brennan (2005) s. 9-12.

⁷⁸ Riis (2005) s. 379. Se i denne retningen også Generaladvokat Jacobs avgjørelse i sak 395/87, *Anklagemyndigheden mot Jean-Louis Tournier* premiss 53 og Generaladvokat Trstenjak avgjørelse i sak C-52/07 *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa* premiss 61 – 63.

⁷⁹ Se punkt 1.2 over.

⁸⁰ Se f.eks. sak 322/81, *Michelin mot Kommisjonen* premiss 57.

⁸¹ Sak 85/76, *Hoffmann-LaRoche mot Kommisjonen* premiss 91.

I teorien er det vanlig å dele de forskjellige formene for misbruk i tre kategorier: ekskluderende, utnyttende og diskriminerende misbruk. Utnyttende og diskriminerende misbruk retter seg mot det dominerende foretakets kunder, mens ekskluderende misbruk retter seg mot konkurrenter, med det formål å ekskludere dem fra markedet. For valg og utforming av vederlagsmodeller er det særlig utnyttende misbruk i form av urimelige priser som er av betydning. Av EØS-avtalen artikkel 54 (2) bokstav a følger det at misbruk blant annet kan bestå i:

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår

For utnyttende misbruk i form av urimelige priser blir spørsmålet hvilken fremgangsmåte som skal anvendes for å vurdere om brukerne påtvinges en vederlagsmodell som resulterer i en urimelig pris.

EØS-avtalen inneholder ingen definisjon av hva som utgjør urimelige priser. EU-domstolen har imidlertid i flere saker angitt at priser er urimelige dersom de ikke står i et rimelig forhold til *ytelsens økonomiske verdi*.⁸² Anvendt på vederlagsmodeller følger det av dette at vederlagsmodellene må kunne ut i et vederlag som er i samsvar med den økonomiske verdien av lisensene for bruk av rettighetene i åndsverkloven § 45b og § 34 jf. § 2. EU-domstolen har uttalt at det er mulig å anvende flere ulike fremgangsmåter for å avgjøre om en pris står i et rimelig forhold til den økonomiske verdien av ytelsen.⁸³

Spørsmålet om en vederlagsmodell *i seg selv* kan utgjøre et misbruk av dominerende markedsstilling, ble berørt i *Basset*⁸⁴ og *Tournier*⁸⁵, men kom først opp i sin rene form i *STIM*⁸⁶. EU-domstolen ble i saken bedt om å ta stilling til prejudisielle spørsmål oversendt av Marknadsdomstolen i Sverige som ledd i en rettssak mellom tv-kanalene Kanal 5 Ltd og TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) *upa*. Vederlagsmodellen som STIM påla Kanal 5 og TV 4 var utformet som en prosentdel av inntektene eller

⁸² Se blant annet sak 27/76, *United Brands mot Kommisjonen* premiss 250, sak C-52/07, *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa* premiss 28, og sak C-351/12, *OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. mot Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s* premiss 88.

⁸³ Sak 27/76, *United Brands mot Kommisjonen* premiss 253.

⁸⁴ Sak 402/85, *G. Basset mot SACEM*.

⁸⁵ Sak 395/87, *Anklagemyndigheden mot Jean-Louis Tournier*.

⁸⁶ Sak C-52/07, *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*. STIM forvalter rettighetene til komponister, tekstforfattere og musikkforlag i Sverige. Rettighetene har således andre subjekter enn rettighetene omhandlet i denne avhandlingen. Resonnementene i *STIM*-avgjørelsen fremstår imidlertid som generelle for kollektiv forvaltning av rettigheter i musikkverk.

alternativt en andel av reklameinntekter og abonnementsinntekter. Prosentdelen avhang av hvor mye musikk som var gjenstand for utsendelse.

Som utgangspunkt for vurderingen uttalte domstolen at opphavsrettens "særlige karakter" må tas i betraktning, og at det må søkes en "passende balance" mellom opphavsmennes interesse i å motta vederlag for tv-utsendelse av verk og tv-selskapenes interesse i å kunne utsende verk på rimelige vilkår.⁸⁷ Dette harmonerer godt med interesseavveiningen EU-domstolen gav anvisning på i *SENA*.⁸⁸

Under henvisning til tidligere saker kom domstolen til at STIMs vederlagsmodell "... i prinsippet betragtes som en normal udnyttelse af ophavsretten."⁸⁹ Dette skyldtes at STIM forfulgte et legitimt formål ved å ivareta rettighetshavernes interesser i forhold til brukere, og at modellen tok hensyn til verdien av bruken i den økonomiske omsetningen og det faktiske eller sannsynlige antall fremførelser. Domstolen utelukket likevel ikke at STIMs vederlagsmodell kan utgjøre et misbruk, bl.a. dersom:

"...der findes en anden metode, der gør det muligt med større nøjagtighed at identificere og kvantificere udnyttelsen af disse værker samt publikum, og det samme lovlige formål vil kunne opfyldes ved denne metode, nemlig at sikre forfatterne, komponisternes og musikforlæggerne interesser, uden at der derved sker en uforholdsmæssig forhøjelse af udgifterne til forvaltning af kontrakterne og kontrollen med anvendelsen af de ophavsretlige beskyttede musikværker."⁹⁰

Av uttalelsen kan det sluttas at hvorvidt anvendelse av en vederlagsmodell utgjør et misbruk i seg selv, ikke kan vurderes isolert, men må ses på bakgrunn av hvilke andre modeller som er tilgjengelige. Dersom andre modeller gir større nøyaktighet i utregningen og sikrer rettighetshaverens interesser uten at det skjer en uforholdsmessig økning i administrasjonskostnader, vil det utgjøre et misbruk ikke å anvende *den beste tilgjengelige modellen*. Hva som ligger i det å "sikre rettighetshavernes interesser" fremgår ikke direkte av avgjørelsen, men sammen-

⁸⁷ Sak C-52/07 *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)* upa premiss 30 og 31.

⁸⁸ Se punkt 2.3.2.

⁸⁹ Sak C-52/07 *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)* upa premiss 34.

⁹⁰ Sak C-52/07 *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)* upa premiss 40.

holdt med opphavsretten fremstår dette å være realiseringen av retten til rimelig vederlag for bruken. Dette har også støtte i tidligere avgjørelser.⁹¹

For å oppsummere kan vises til at den konkurranserettslige vurderingen av vederlagsmodeller er ment å balansere rettighetshavernes interesse i å motta vederlag mot brukernes interesse i å oppnå tillatelse til bruk på rimelige vilkår. Det kan videre utledes en norm om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen til enhver tid. Den beste modellen er kjennetegnet ved at den gir den mest nøyaktige identifiseringen og kvantifiseringen av omfanget av tilgjengeliggjøringen av musikk og lytterkretsen, samtidig som den ikke medfører en uforholdsmessig økning i administrasjonskostnader.⁹²

⁹¹ Sak 395/87, *Anklagemyndigheden mot Jean-Louis Tournier* premiss 31 og sak 127/73, *Belgische Radio en Televisie mot SV SABAM og NV Fonior* premiss 9.

⁹² At det anvendes ulike vederlagsmodeller overfor ulike brukere medfører at også diskriminerende misbruk må vurderes. Vilåårene for diskriminerende misbruk er at det anvendes ulike vilkåå for likeverdige ytelser og at dette stiller handelspartnerne ugunstigere i konkurransen jf. EØS-avtalen artikkel 54 (2) bokstav c. Etter EU-domstolens praksis må det heller ikke finnes objektive begrunnelser som nødvendiggjør adferden. Kriteriet om anvendelse av "ulike vilkåå" kan vise både til den situasjonen at det anvendes ulike vederlagsmodeller for brukere eller til at det anvendes samme vederlagsmodell for brukere, men at vederlagsmodellen har diskriminerende effekter for visse brukere, f.eks. vil kvantumsrabatter være fordelaktig for større musikkbrukere. Dette vil være et bevisspørsmål. Når det er etablert at det anvendes ulike vilkåå, blir det neste spørsmålet hvorvidt lisensene for bruk av musikkverkene er "likeverdige ytelser" og om brukeren stilles dårligere i konkurransen. Dette beror blant annet på brukernes utnyttelse og om brukerne er konkurrenter på samme marked, jf. *STIM*-avgjørelsen premiss 46. Fordi vurderingen av diskriminerende misbruk vil måtte knyttes til konkrete brukere og krever faktiske opplysninger som ikke alltid fremkommer i nemndavgjørelsene, vil jeg ikke gå videre inn på diskriminerende misbruk i drøftelsen av konkrete modeller i kapittel 3.

3 Vederlagsmodeller

3.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg sammenholde ulike vederlagsmodeller anvendt i nemndspraksis med normene fremsatt i punkt 2.3 og 2.4 over. Formålet med drøftelsene er å belyse valg og utforming av vederlagsmodeller i nemndspraksis, sett opp mot retten til rimelig vederlag i internasjonal rett og forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling i EØS-avtalen artikkel 54.

I det følgende skal fire hovedtyper av vederlagsmodeller drøftes. Engangsvederlag, variabelt vederlag og omsetningsbasert vederlag er modeller som har stått sentralt i nemndspraksisen fra Vederlagsnemnda og Kabeltvistnemnda. I tillegg til de modeller som er anvendt i nemndspraksisen vil fremstillingen suppleres med en vederlagsmodell som er fremsatt i økonomisk teori.

Med engangsvederlag menes at vederlaget beregnes som en sum utbetalt ved én enkelt betaling. Variabelt vederlag viser til at beregningen foretas på bakgrunn av ulike variabler satt opp i et regnestykke, mens omsetningsbasert vederlag i sin rene form innebærer at rettighetshaverorganisasjonene mottar en andel av rettighetsbrukerens omsetning. Vederlagsmodellen hentet fra økonomisk teori angir en fremgangsmåte for å fastsette den hypotetiske markedsprisen i den forstand at modellen har til formål å fastsette ved økonomiske betraktninger hva partene ville avtalt på et velfungerende marked. I Kabeltvistnemndas praksis medfører det faktiske forhold at kabelnettdistributørene mottar abonnementsvederlag fra hver enkelt bruker, at den vederlagsmodellen som utpeker seg som naturlig er variabelt vederlag, i form av at rettighetshaverne mottar en andel av abonnementsinntektene per bruker. Da det i Kabeltvistnemndas avgjørelser i stor grad har vært enighet om å benytte denne modellen og uenigheten først og fremst har knyttet seg til vederlagsnivået, vil størsteparten av de kommende drøftelsene knytte seg til modeller anvendt i Vederlagsnemndas praksis.

De vederlagsmodellene som drøftes i det følgende er ment å illustrere sentrale modeller som er anvendt eller kan tenkes anvendt for klarering av musikkrettigheter under åndsverkloven §§ 45b og 34. Dette er imidlertid bare et utvalg, og det er fullt mulig å oppstille andre vederlagsmodeller. Vederlagsmodeller er i realiteten verktøy som benyttes for å sikre forutberegnelighet i vederlagsberegningen. Om dette formålet oppnås vil bero på om vederlagsmodellene til enhver tid er tilpasset den virkelighet de anvendes på, da nye former for offentlig fremføring eller ny teknologi kan muliggjøre og nødvendiggjøre anvendelse av nye modeller. Innenfor grensene som trekkes opp av retten til rimelig vederlag og forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling, er det opp til partene eller nemndene å finne frem til gode markedsconforme modeller. Dette gjør valg og utforming av vederlagsmodeller til dynamiske prosesser

som vil følge samfunnsutviklingen, og for øvrig befinne seg i kjernen av det opphavsrettslige incentivhensynet og det konkurranserettslige hensynet til dynamisk effektivitet, i den forstand at en enerett eller vederlagsrett ikke er mye verdt i seg selv: realiseringen av hensynene vil avhenge av om vederlagsmodellene er egnet til å fange opp, og sammen med vederlagsnivået, beregne verdien av ulike former for utnyttelse.

3.2 Engangsvederlag

I dette punktet skal det drøftes hvordan engangsvederlaget som vederlagsmodell forholder seg til de opphavsrettslige og konkurranserettslige normene for valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven § 45b og 34. Med "engangsvederlag" menes at vederlaget regnes som en sum utbetalt ved én enkelt betaling. Modellen er også kjent under navnet "klumpsum" eller engelsk "lump-sum".

Innledningsvis kan det fremheves at fortalen til utleie- og utlånsdirektivet premiss 13, legger til grunn at "... det rimelige vederlag kan erlægges i form af en eller flere betalinger...", og det er således prinsipielt adgang til å anvende engangsvederlag etter direktivet. Engangsvederlag kan videre sies å være hovedregelen ved individuell rettighetsklarering. At modellen blir hyppig brukt fremgår av forskjellige standardavtaler utarbeidet av bransjeorganisasjoner.⁹³ Modellens popularitet kan muligens skyldes at modellen er enkel å forhandle og følge opp, samt gir partene forutsigbarhet og for brukernes del, fleksibilitet i rettighetsbruken. Fleksibilitet i rettighetsbruken kan stimulere den dynamiske effektiviteten på det avledede markedet for distribusjonstjenester til gode for sluttbrukerne.⁹⁴

Da det følger av økonomisk teori at markedsprisen normalt vil fremkomme ved frivillige avtaler, vil ikke den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris som utledes av internasjonal rett,⁹⁵ i seg selv utgjøre et hinder for anvendelse av en engangsvederlagsmodell. For engangsvederlagsmodellen blir markedsprisnormen utelukkende et spørsmål om partene klarer å bli enige om vederlagsnivået eller om dette kan fastsettes på korrekt måte av nemnda.

⁹³ Se eksempelvis: NKF (Norsk Komponistforening) og NOPA (Norsk forening for komponister og tekstforfattere). *Veiledning for beregning av komponisthonorar* (2014) og Norske film- og tv-produsenters forening og norsk skuespillerforbund. *Overenskomst mellom Norske film- og tv-produsenters forening (PF) og Norsk skuespillerforbund (NSF) vedrørende produksjon og tilgjengeliggjøring av reklamefilm* (2012).

⁹⁴ Vederlagsnemnda. Sak nr. 01/1999 i NRKs anførsler, tredje siste premiss under overskriften "Bakgrunnen for tvisten. Forsøk med digital radio."

⁹⁵ Se punkt 2.3.2 over.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om engangsvederlagsmodellen er i samsvar med den opphavsrettslige normen om at vederlagsmodellen skal bygge på objektive kriterier, slik den fremkommer av internasjonal rett.

Spørsmålet om det ved kollektiv rettighetsforvaltning er rettslig adgang til å anvende et engangsvederlag som modell, kom opp i Vederlagsnemnda i sak nr. 01/1999. Saken omhandlet en tvist mellom Gramo og NRK om fastsettelse av vederlaget for bruk av lydopptak i radio. Nemnda uttalte her:

"... [Det er] nødvendig at det i bunnen for nemndens betraktninger ligger et system hvor man kan beregne vederlag også for brukere som i meget begrenset utstrekning anvender vederlagspliktige fonogrammer. Og det er helt nødvendig at et kringkastingselskap som ikke anvender vederlagspliktige fonogrammer skal gå helt fri for krav om betaling til Gramo."⁹⁶

Slik Vederlagsnemnda formulerer det avgjørende argumentet i sak nr. 01/1999, er premisset egnet til å misforstås dit hen at vederlagsmodellen også må ta hensyn til usikkerhet om vederlagskravets *eksistens*. Dette er imidlertid et bevisspørsmål som faller utenfor nemndas kompetanse.⁹⁷ Formodentlig bør nemndas uttalelse tolkes dit hen at det må oppstilles et krav om årsakssammenheng mellom rettighetsbrukens omfang og vederlaget.

Nemndas formuleringer fremstår å gi uttrykk for den opphavsrettslige normen om at modellen skal bestå av objektive kriterier. At omfanget av tilgjengeliggjøringen er et objektivt kriterium av relevans for markedsprisen, fremkommer i CRM-direktivet artikkel 16 (2) andre avsnitt andre punktum og SatCab-direktivets fortale premiss 17. For øvrig fremkommer det også av *STIM* i relasjon til den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen, jf. EØS-avtalen artikkel 54, at det faktiske eller sannsynlige antall fremførelser er et relevant kriterium i vederlagsmodeller for utnyttelse av musikkverk.⁹⁸

Vederlagsnemnda kom i sak nr. 01/1999 til at den ikke hadde rettslig adgang til å anvende et engangsvederlag som modell når den ene parten motsatte seg en slik vederlagsmodell. Dette er i samsvar med den opphavsrettslige normen om objektive kriterier som fremkommer i internasjonal rett. Den siterte delen av nemndas begrunnelse viser til et sentralt formål ved objektivitetskravet, i den forstand at vederlagsberegningen skal være transparent og bygge på målbare kriterier, for å gjøre det mulig for brukerne å etterprøve om det foreligger årsaks-

⁹⁶ I nemndas bemerkninger, tredje siste premiss under overskriften "KLUMPSUM".

⁹⁷ Ot.prp. nr. 15 (1999-2000) s. 21.

⁹⁸ Se punkt 2.4 over.

sammenheng mellom utnyttelsen av rettighetene og det vederlaget som brukeren avkreves. Dersom det ikke foreligger standardsatser eller andre metoder for objektiv fastsettelse av vederlagsnivået, vil det ved anvendelsen av en engangsvederlagsmodell være vanskelig for konkrete brukere å etterprøve at vederlaget svarer til markedsprisen for utnyttelsen av rettighetene.

Konklusjonen er dermed at engangsvederlagsmodellen ikke overholder den opphavsrettslige normen om at vederlagsmodeller anvendt i kollektiv forvaltning må bygge på objektive kriterier.

I sak nr. 01/1999 formulerte Vederlagsnemnds seg slik at den "... ikke har noen rettslig adgang til å pålegge et kringkastingsselskap å betale en klumpsum, *hvis selskapet motsetter seg dette...*"⁹⁹ Selv om det fremstår som nemnda kommer til riktig resultat i den konkrete saken, gir den kursiverte formuleringen grunn til å stille spørsmål ved om partene, Gramo og kringkastingsselskapet, står fritt til å bli enige om anvendelse av et engangsvederlag som vederlagsmodell. Ettersom brukerne i første rekke vil være interessert i utfallet av vederlagsberegningen, hvilket beror på både vederlagsnivået og vederlagsmodellen, vil brukernes mulighet til å etterprøve vederlagsberegningen, for dem først og fremst være et middel for å oppnå målet om rimelige priser. Det er derfor ikke utenkelig at brukere i konkrete situasjoner skulle kunne ønske å frasi seg muligheten til kontroll og etterprøvbarhet der partene blir enighet om et engangsvederlag som i brukernes øyne har et gunstig vederlagsnivå. Spørsmålet blir her om konkrete brukere kan frasi seg den beskyttelsen som ligger i den opphavsrettslige normen om anvendelse av objektive kriterier som kan utledes av internasjonal rett.

Bakgrunnen for nemndas formulering finnes trolig i generalforskriften § 4-2 som begrenser nemndas kompetanse til tvister mellom partene. Dette har klare ressursbesparelsesgevinster og støtter opp om utgangspunktet om at valg av vederlagsmodell prinsipielt skal avgjøres i avtale mellom partene.

Til tross for at konkrete brukere ikke skulle ønske å benytte seg av muligheten til å etterprøve vederlagsberegningen, fremgår det klart av CRM-direktivet at normen om objektive kriterier fortsatt må opprettholdes av hensyn til andre brukere: "Licensbetingelser skal være basert på objektive og *ikke-diskriminerende* kriterier."¹⁰⁰ Objektivitetskravet er ikke utelukkende ment å sikre målbare og transparente utregninger overfor den enkelte bruker, men også å sikre at det ikke skjer usaklig forskjellsbehandling mellom brukere. Dette hensynet har også støtte i be-

⁹⁹ I nemndas bemerkninger, siste premiss under overskriften "KLUMPSUM". Min kursiv.

¹⁰⁰ CRM-direktivet artikkel 16 (2) første avsnitt første punktum. Min kursiv.

stemmelser av prosessuell art i CRM-direktivet, som de kollektive forvaltningsorganisasjonenes plikt til å opplyse brukerne om kriteriene i modellene og publisere standardlisensavtaler og standardtariffer.¹⁰¹

Konklusjonen blir dermed at partene ikke kan avtale seg bort fra kravet om objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Spørsmålet illustrerer at det kan oppstå en viss spenning mellom de opphavsrettslige normene om utregning til markedspris og om anvendelse av objektive kriterier i modellene. Sett i sammenheng vil objektivitetskravet begrense handlingsrommet ved valg og utforming av vederlagsmodeller i kollektiv rettighetsforvaltning, innenfor spekteret av vederlagsmodeller som står i et rimelig forhold til markedsprisen slik denne fremkommer av økonomisk teori.

Engangsvederlagsmodellen fremstår også problematisk i lys av de konkurranserettslige normene for valg og utforming av vederlagsmodeller, jf. EØS-avtalen artikkel 54. Etter den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen fremsatt i *STIM*, vil den beste modellen kjennetegnes ved at den gir den mest nøyaktige identifiseringen og kvantifiseringen av omfanget av tilgjengeliggjøringen og lytterkretsen, uten å innebære uforholdsmessige driftskostnader for forvaltningsorganisasjonen.¹⁰² Dersom det finnes alternative modeller vil engangsvederlagsmodellen neppe være den beste modellen ettersom et engangsvederlag i seg selv ikke innebærer noen kvantifisering av tilgjengeliggjøringen eller lytterkretsen overhodet. Anvendelse av engangsvederlagsmodellen kan således etter konkurransereglerne bare tenkes unntaksvis for de situasjonene der det vil være uforholdsmessig kostbart å anvende andre modeller.

For å oppsummere kan det sies at engangsvederlag som vederlagsmodell utgjør en kostnads-effektiv beregningsmetode som sammen med et korrekt vederlagsnivå, vil kunne svare til markedsprisen. Modellen kan imidlertid ikke sies å være i overenstemmelsen med den opphavsrettslige normen om objektive kriterier utledet fra retten til "rimelig vederlag" i internasjonal rett. Anvendelse av modellen kan også utgjøre brudd på den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen utledet av EØS-avtalen artikkel 54, dersom det finnes andre modeller som gir mer nøyaktighet i utregningen og som ikke medfører uforholdsmessige driftskostnader for forvaltningsselskapene.

¹⁰¹ CRM-direktivet artikkel 16 (2) andre avsnitt siste punktum og artikkel 21 (1) bokstav c.

¹⁰² Se punkt 2.4 over.

3.3 Variabelt vederlag

3.3.1 Innledning

I det følgende skal en rekke vederlagsmodeller som samlet kan betegnes som variabelt vederlag, holdes opp mot de opphavsrettslige og konkurranserettslige normene for valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34.

Modellene som omtales i dette punktet kjennetegnes ved at de bygger på ulike variabler knyttet til rettighetsbruken. Det kan trekkes et skille mellom variabler som måler omfanget av fremføringen av musikk, og variabler som måler omfanget av lytterkretsen som fremføringen når ut til.

3.3.2 Variabler knyttet til fremføringen

Tradisjonelt har det i de tidligere nemndsavgjørelsene blitt anvendt vederlagsmodeller for kringkastere som består av en vederlagssats per minutt avspilt musikk. Dette kan ses på bakgrunn av at informasjonen om hvor mye musikk som blir avspilt av kringkastere, er lett tilgjengelig og ikke byr på større kostnader å fremskaffe og etterprøve. Modellen er således i samsvar med de opphavsrettslige normene om objektive kriterier og (i alle fall for kringkastere) begrunnet kostnadsbruk.

For vederlagsmodeller som består av en vederlagssats per minutt avspilt musikk, oppstår spørsmålet om en slik vederlagsmodell i tilstrekkelig grad ivaretar den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris slik denne fremkommer av internasjonal rett.¹⁰³ Fordi omfanget avspilt musikk måler hvor mange som *potensielt* kan få tilgang til musikken snarere enn hvor mange som *faktisk lytter*, vil svaret på spørsmålet avhenge av om faktisk lytting er en variabel som må reflekteres i vederlagsmodellen. Dette har vært problematisert i flere saker i nemndspraksis.

I tre saker fra 1990-tallet anvendes en vederlagsmodell bestående av et kronebeløp per minutt avspilt av vernede lydopptak i NRKs radio- og tv-virksomhet.¹⁰⁴ I NRK I var det avtalt mellom partene at det skulle anvendes en slik vederlagsmodell. I de to neste NRK-sakene anførte NRK at det måtte anvendes en vederlagsmodell som tok hensyn til faktiske lytter- eller seertall, men fikk ikke medhold. Det som fremstår som den avgjørende begrunnelsen for valget av vederlagsmodell i NRK II- og NRK III-sakene var dels at det forelå en avtale om vederlag per minutt fra 1992, og dels at dette var den modellen som anvendes i de øvrige nordiske landene. Å anvende samme vederlagsmodell som de øvrige landene i Norden hadde den praktiske for-

¹⁰³ Se punkt 2.3.2 over.

¹⁰⁴ Vederlagsnemnda. Sak nr. 01/1992 (NRK I), 01/1995 (NRK II) og 01/1999 (NRK III).

delen at det muliggjorde anvendelse av "det nordiske nivået" ved fastsettelsen av vederlagsnivået til anvendelse i modellen.

Avvisningen av faktisk lytting som relevant variabel i vederlagsmodellen, fremstår ikke holdbar i lys av den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris. Det fremgår av CRM-direktivet artikkel 16 (2) annet avsnitt og SatCab-direktivets fortale premiss 17 at både omfanget av fremføringen av musikk og lyttingen vil være relevante kriterier ved vurderingen av brukens økonomiske verdi i handelen. Nødvendigheten av identifisering og kvantifisering av lytterkretsen i modellen, følger også av den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen til enhver tid, jf. EØS-avtalen artikkel 54.¹⁰⁵

At faktisk lytting er relevant for markedsprisen har støtte i økonomiske argumenter som kan illustreres ved å se hen til utviklingen i radio og tv-markedene de siste 50 årene. For radio- og tv-kringkastere var markedene tidligere slik at noen få store aktører kringkastet til hele Norges befolkning. I slike markeder lar det seg i større grad hevde at det er noenlunde samsvar mellom antallet potensielle og faktiske lyttere. Markedene har imidlertid endret seg vesentlig og er i dag langt mer konkurranseutsatt, med et større antall aktører på banen. Om en skulle fortsette å anvende en vederlagsmodell for kringkasterne som tar utgangspunkt i en bestemt sats per minutt, vil dette føre til en vederlagsøkning for rettighetshaverne som er proporsjonal med antall nye kanaler (forutsatt at alle kanaler utsender like mye vernet musikk). Sluttbrukerne kan imidlertid fortsatt bare høre på en kanal om gangen og selv om folks medievaner nok har endret seg de siste årene, kan det ikke legges til grunn at etterspørselen har steget proporsjonalt med økningen av tilgjengeliggingen.¹⁰⁶ Større valgfrihet har også en verdi for lytterne,¹⁰⁷ men det endrer likevel ikke det faktum at det vanskelig kan etableres en direkte årsaks-sammenheng mellom fremføringen av musikkverk isolert sett og markedsprisen for utnyttelsen av musikkrettighetene.

Det er således ikke overraskende at Vederlagsnemnda i sak nr. 02/2006 fravek standpunktet framsatt i NRK-sakene. Sak nr. 02/2006 gjaldt tvist mellom Gramo og P4 om vederlaget for bruk av lydopptak i radiovirksomhet. Saken skal omtales nærmere i punkt 3.4 under.

Det bør bemerkes at sak nr. 02/2006 gjaldt P4, som er en privat allmennkringkaster som finansieres ved reklame, mens NRK er en statlig allmennkringkaster som finansieres ved lisensbetalinger. Da begge kanaler på tidspunktet for avgjørelsene var gratis tilgjengelig for sluttbrukerne, kan finansieringsformen eller eierskapsforholdene vanskelig sies å ha betyd-

¹⁰⁵ Se punkt 2.4. over.

¹⁰⁶ Riis (2005) s. 470.

¹⁰⁷ I økonomisk teori betegnet som *opsjonsverdi*.

ning for musikkbrukens verdi for kringkasterne, fordi disse forholdene ikke påvirker etterspørselen etter kanalen i sluttbrukermarkedet. Etter økonomisk teori vil det således ikke være av betydning for nemndas standpunkt i sak nr. 02/2006, at P4 er en privat og NRK er en statlig kringkaster.

På denne bakgrunn kan det konkluderes med at den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris ikke fremstår å være tilstrekkelig ivaretatt for vederlagsmodeller som består av en vederlagssats per minutt avspilt musikk, fordi modellen ikke tar hensyn til faktisk lytting. For øvrig følger det også av den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen at denne modellen vil være kjennetegnet av blant annet identifisering og kvantifisering av lytterkretsen. Dette medfører at dersom andre modeller som tar hensyn til lytterkretsen er tilgjengelige og ikke innebærer en uforholdsmessig økning i driftskostnadene, vil det utgjøre misbruk av dominerende markedsstilling etter EØS-avtalen artikkel 54 å anvende minuttvederlaget som vederlagsmodell.

3.3.3 Variabler knyttet til lytterkretsen

Kriterier knyttet til omfanget av lytterkretsen måler konsumet i sluttbrukerleddet og derved den faktiske verdien bruken av lydopptaket har for brukeren. I nemndspraksis er det gjort bruk av kriteriene *abonnenter*, *innbyggere* eller *kvadratmeter* for å måle lytterkretsen. Kriteriene blir så multiplisert med en vederlagssats per tidsenhet. Tidsenheten indikerer omfanget av tilgjengeliggjøringen.

Modellene omtalt i dette punktet bygger på enkle og transparente kriterier som det ikke er kostnadskrevende å frembringe. De opphavsrettslige normene om objektive kriterier og begrunnede administrasjonskostnader som kan utledes av internasjonal rett, fremstår dermed i utgangspunktet ivaretatt.

For videresendingsrettighetene fremstår også den opphavsrettslige normen om vederlagsfastsettelse til markedspris ivaretatt, ved at et vederlag per abonnement gir en direkte årsakssammenheng mellom kabelnettoperatorenes viktigste inntektskilde, betalingen fra abonnementene, og det fastsatte vederlaget. Kabeltvistnemnda har normalt alltid anvendt en slik modell og tvistepunktene i sakene som har vært oppe for nemnda knytter seg til fastsettelsen av vederlagsnivået.¹⁰⁸

I Vederlagsnemndas praksis er det anvendt modeller som benytter variablene "kvadratmeter" og "innbyggertall" som gir sjablonmessige indikasjoner på lytterkretsen for musikk avspilt i

¹⁰⁸ Se f.eks. Eurosport-sakene, Kabeltvistnemnda sak nr. 04 og 05/1993 og nr. 01, 02, og 03/1994.

offentlig tilgjengelige lokaler.¹⁰⁹ Her oppstår spørsmålet om anvendelsen av sjablonmessige kriterier i vederlagsmodellene er i overenstemmelse med retten til rimelig vederlag i internasjonal rett og forbudet mot misbruk av dominerende stilling, jf. EØS-avtalen artikkel 54.¹¹⁰

Som et utgangspunkt kan det pekes på at anvendelsen av sjablonmessige kriterier i vederlagsmodellene vil gjøre årsakssammenhengen med markedsprisen mer diffus, og vil dermed prinsipielt ikke være i tråd med den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris som kan utledes av retten til rimelig vederlag i internasjonal rett.

Hensiktsmessigheten av å operere med sjablonmessige kriterier i vederlagsmodeller for visse brukergrupper fremtrer imidlertid tydelig i praksis. I Gramos årsmelding fra 2013 fremgår det at kr. 56 017 432,- ble samlet inn fra i underkant av 15 000 brukersteder i kategorien "annen offentlig fremføring" som omfatter teater, overnattingssteder, frisører, solstudioer, kommuner, kundelokaler, idrettsarrangementer, offentlig transport, restauranter og kafeer og andre offentlige steder der det gjøres bruk av lydopptak.¹¹¹ Basert på det omtrentlige antallet brukere kan det regnes ut at hvert vederlag i denne kategorien i 2013 i gjennomsnitt utgjorde i overkant av kr. 3700,-. Administrasjonskostnadene ved utregning, innkreving og oppfølging av et stort antall relativt beskjedne vederlag kan lett bli betydelige om det skal opereres med et krav om nøyaktig utregning av markedsprisen for hver enkelt bruker.

Av CRM-direktivet artikkel 12 (3) fremgår det at administrasjonsutgiftene ved kollektiv forvaltning skal begrenses til de "begrundede" utgiftene. Hva som er "begrundede" (engelsk "justified", fransk "justifié") kostnader fremkommer ikke av direktivet. En naturlig forståelse av ordlyden er at kostnadsnivået forbundet med utøvelsen av en modell vil kunne komme opp på et nivå som er så høyt at administrasjonskostnadene ikke lenger anses begrunnede. Dette til tross for at kostnadene er relatert til et legitimt formål i forvaltningen av rettighetene ved anvendelse av vederlagsmodeller. Det er imidlertid vanskelig å utlede noe mer konkret av direktivet om hvor grensen trekkes.

Retten til rimelig vederlag etter internasjonal rett, synes etter dette å gi anvisning på en avveining av normen om vederlagsberegning til markedspris mot normen om begrunnede kostnader.

Også den konkurranserettslige normen etter EØS-avtalen artikkel 54 og *STIM* om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen, gir anvisning på en avveining av nøyaktigheten i utreg-

¹⁰⁹ Vederlagsnemnda. Sak nr. 01/2004, 01/2005 og 01, og 03/2006.

¹¹⁰ Se punkt 2.3 og 2.4 over.

¹¹¹ Gramos årsmelding 2013 s. 7 og 18.

ningen mot kostnadsbruken. Dette fordi den beste tilgjengelige modellen kjennetegnes ved at det er den modellen som mest nøyaktig identifiserer og kvantifiserer tilgjengeliggjøringen og lytterkretsen, uten å innebære en uforholdsmessig økning i administrasjonsutgiftene forbundet med utøvelsen av modellen. Det fremgår ikke av avgjørelsen hva en "uforholdsmessig" økning innebærer.

Ved avveining av nøyaktigheten i utregningen mot kostnadsbruken, vil det være naturlig å se hen til den overordnede interesseavveiningen vederlagsmodeller etter begge regelverk er ment å ivareta. Av *SENA* og *STIM* fremkommer det at vederlagsmodeller etter retten til rimelig vederlag i internasjonal rett og forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling i EØS-avtalen artikkel 54, er ment å ivareta både rettighetshavernes interesse i å motta vederlag og brukernes interesse i å oppnå tillatelse på rimelige vilkår.¹¹²

Når det gjelder sjablonmessige kriterier kan det på den ene siden sies at begge parter har en interesse i å anvende kriterier som holder administrasjonskostnadene ved kollektiv forvaltning lave. Dette fordi høye administrasjonskostnader enten må trekkes fra utbetalingene til rettighetshaverne, med den konsekvens at incentivhensynet og den dynamiske effektiviteten svekkes, eller alternativt skyves over på brukerne, men dette vil medføre høyere priser og dødvestap til skade for brukerne og den statiske effektiviteten på markedet. På den andre siden vil imidlertid anvendelsen av sjablonmessige kriterier føre til avvik fra markedsprisen, som i utgangspunktet vil skade enten rettighetshaverne eller brukerens interesser.¹¹³ Balanseringen av disse interessene tilsier at det etter retten til rimelig vederlag i internasjonal rett og forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling i EØS-avtalen artikkel 54, er tillatt å anvende sjablonmessige kriterier i vederlagsmodellene dersom gevinstene ved kostnadsbesparelsene veier opp for de negative effektene det vil ha for partene å fravike fra markedsprisen.

I det følgende skal det undersøkes hvordan avveiningen som de opphavsrettslige og konkurranserettslige normene gir anvisning på, er foretatt i nemndspraksis.

I sakene som har vært oppe for Vederlagsnemnda har det stort sett vært enighet om at det for visse brukergrupper ikke er hensiktsmessig å foreta en nøyaktig utregning av markedsprisen for utnyttelsen av rettighetene. Uenighetene har knyttet seg til i hvilken grad det bør kunne tas

¹¹² Sak C-52/07 *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, premiss 31 og, sak C-245/00 *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* premiss 46.

¹¹³ Se over i punkt 2.3.3. Markedsprisen utgjør etter økonomisk teori den optimale balansegangen mellom brukernes og rettighetshavernes interesser.

individuelle hensyn og differensiere mellom brukere i modeller som i utgangspunktet opererer med sjablonmessige kriterier.

Utgangspunktet for vurderinger av differensiering i modeller med sjablonmessige kriterier, fremkommer i sak nr. 01/2006 der Vederlagsnemnda uttalte:

"... Differensiering knyttet til ulik utnyttelse av lydopptakene i de enkelte virksomhetene bør (...) bare aksepteres i den utstrekning relevante forskjeller sannsynliggjøres, og det er klare holdepunkter for at en manglende differensiering ikke vil medføre et rimelig vederlag..."¹¹⁴

Det kan på denne bakgrunn synes som det oppstilles to krav: det må foreligge relevante utnyttelsesforskjeller, og differensiering må være nødvendig for oppnåelse av et rimelig vederlag.

Hva som er "relevante" forskjeller fremkommer av sammenhengen i avsnittet og sikter til at forskjellene må være av betydning for utnyttelsens markedspris. At relevante utnyttelsesforskjeller må "sannsynliggjøres", tilsier etter ordlyden at de må bevises ved vanlig sannsynlighetsovervekt. Et eksempel på at forskjellens relevans ikke var tilstrekkelig dokumentert, fremkommer av Vederlagsnemndas sak nr. 01/2006. Nemnda fant her at Gramo ikke hadde dokumentert at forbruksmønsteret for "pausemusikk" skiller seg fra forbruksmønsteret for annen bakgrunnsmusikk på serveringssteder.

At det er avvik fra markedsprisen for utnyttelsen som kan begrunne differensiering er i samsvar med interesseavveiningen angitt over. Dette har også en side mot den opphavsrettslige normen om anvendelse av objektive kriterier, i den forstand at dersom differensiering foretas på annet grunnlag vil dette kunne komme i strid med normen om ikke-diskriminerende kriterier, jf. CRM-direktivet artikkel 16 (2) første avsnitt første punktum.

Etter Vederlagsnemndas praksis viser nødvendighetsvilkåret til at den gevinst en mer nøyaktig utregning medfører, må holdes opp mot de økte administrasjonskostene differensieringen innebærer.¹¹⁵ At det kreves "klare holdepunkter" for at manglende differensiering ikke vil medføre rimelig vederlag, tilsier etter vanlig språklig forståelse at gevinsten ikke kan være rent bagatellmessig.

¹¹⁴ Nemndas bemerkninger, niende premiss under overskriften "Generelle utgangspunkter".

¹¹⁵ Vederlagsnemnda. Sak nr. 01/2006. I nemndas bemerkninger, tredje premiss under overskriften "Overnattingssteder", uttales det i relasjon til spørsmålet om det kan differensieres mellom overnattingssteder på grunnlag av beleggsprosenten at: "... [Beleggsprosenten] blir et hensyn til å ta ved rapportering og registrering av opplysninger som grunnlag for vederlagsberegningen. Det bør derfor også her kunne dokumenteres at det er noe å vinne på å inndra beleggsprosenten i forhold til å kunne fastsette et rimelig vederlag."

Til illustrasjon kan det vises til at Vederlagsnemnda i sak nr. 01/2004 avviste at det i relasjon til musikkfremføring i kundelokaler kunne differensieres på bakgrunn av omfanget av vernet og ikke-vernede musikk som ble benyttet av forretningene. Et slikt system forutsatte egenmeldinger og omfattende stikkprøvekontroller, hvilket medførte kostnader som ikke sto i forhold til vederlagenes størrelse. Egenmeldinger ble imidlertid godtatt i Vederlagsnemndas avgjørelse i sak nr. 01/2006 når det gjaldt differensiering på grunnlag av intensiteten i utnyttelsen av musikken, i form av ulike tariffer for serveringssteder som spiller bakgrunnsmusikk og musikkafeer/diskoteker som spiller såkalt "forgrunnsmusikk". Det var i saken enighet på dette punktet.

Det fremstår i sakene som om Vederlagsnemnda implementerer avveiningen av nøyaktigheten i utregningen mot kostnadsbruken i tråd med retten til rimelig vederlag etter internasjonal rett og forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling i EØS-avtalen artikkel 54. At egenmeldinger ikke godtas i sak nr. 01/2004, men godtas i 01/2006 kan ses i sammenheng med at differensieringen mellom forgrunnsmusikk og bakgrunnsmusikk var av stor betydning for markedsverdien av utnyttelsen i sistnevnte sak. Økte kostnader til forvaltningen på dette punktet kunne dermed forsvares.

For å oppsummere, kan det vises til at modeller som tar utgangspunkt i kriterier knyttet til lytterkretsen slik som abonnementer, innbyggere eller kvadratmeter, bygger på målbare kriterier som er lite kostnadskrevende å frembringe. Kriteriet "abonnementer" gir et klart mål på lytterkretsen og er dermed et egnet kriterium for å beregne markedsprisen for kabelselskaperens utnyttelse. Variablene "innbyggertall" og "kvadratmeter" gir sjablonmessige indikasjoner på lytterkretsen. Av både retten til rimelig vederlag i internasjonal rett og den konkurranse-rettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen etter EØS-avtalen artikkel 54 og *STIM*, følger det at sjablonmessige kriterier kan anvendes dersom det er uforholdsmessig kostnadskrevende å anvende andre, mer presise metoder for å identifisere og kvantifisere lytterkretsen og beregne markedsprisen.

3.4 Omsetningsbasert vederlag

I dette punktet skal det drøftes hvordan omsetningsbaserte vederlagsmodeller forholder seg til de opphavsrettslige og konkurranserettslige normene for valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34. En omsetningsbasert vederlagsmodell tar utgangspunkt i brukerens omsetning og gir rettighetshaveren rett til en andel av denne.

Da et foretaks omsetning er informasjon som er objektivt målbar og lite kostbar å fremdrive og kontrollere, fremstår ikke de opphavsrettslige normene om objektive kriterier og begrunnet kostnadsbruk som særlig problematiske. I det følgende skal det undersøkes hvordan den om-

setningsbaserte vederlagsmodellen forholder seg til den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris som kan utledes av internasjonal rett.¹¹⁶

Spørsmålet om en omsetningsbasert vederlagsmodell kunne anvendes for et radioforetak, kom opp i Vederlagsnemndas avgjørelse nr. 02/2006, som gjaldt tvist mellom P4 og Gramo om størrelsen på vederlaget for bruk av lydopptak i radiokanalens sendinger. Gramo krevde prinsipalt vederlag per minutt, mens P4 krevde prinsipalt et omsetningsbasert vederlag.

Nemnda konstaterte først på bakgrunn av tidligere nemndspraksis, at omfanget av fremføringen var en variabel som måtte reflekteres i vederlagsmodellen.¹¹⁷ Om forholdet mellom faktisk fremføring og faktisk lytting uttaler nemnda:

"... Nemnda ser ikke noe prinsipielt motsetningsforhold mellom et vederlag basert på den faktiske bruk og et vederlag basert på faktisk lytting. Den faktiske bruken (tilgjengeliggjøringen) sier ikke i seg selv noe nærmere om den økonomiske *verdien* av opptakene. Derimot kan den *faktiske lyttingen* i noen grad sies å reflektere den verdien opptaket har for kringkastingsforetaket. Det er relevant for vederlagsberegningen under § 45b, der de alminnelige tilbuds- og etterspørselsmekanismer er satt ut av spill..."¹¹⁸

Nemnda fremholdt at verdien av bruken av lydopptakene ble direkte avspeilet i P4s inntekter, på grunn av de gode mulighetene for å presist kartlegge lytternes bruk av musikken, kombinert med finansieringsmodellen for kommersiell radio.¹¹⁹ Nemnda var videre av den oppfatning at også den potensielle lyttingen har en viss økonomisk verdi, som ledd i å fremdyrke eller opprettholde en musikkprofil.¹²⁰

At både omfanget av fremført musikk og lytterkretsen er relevante kriterier i vederlagsmodeller etter den opphavsrettslige normen om vederlagsfastsettelse til markedspris, fremkommer av drøftelsene over.¹²¹ For radiovirksomhet fremkommer det også særskilt av EU-domstolens avgjørelse i *Lagardère* at et radioforetaks utnyttelse av musikkrettigheter har en viss verdi i seg selv, uavhengig av lyttertallet. I saken ble det lagt til grunn at radioutsendinger fra et fransk radioforetak som var tilgjengelige på en liten del av tysk territorium, hadde en viss

¹¹⁶ Se punkt 2.3.2 over.

¹¹⁷ I nemndas bemerkninger, første premiss under overskriften "Vederlagsmodeller".

¹¹⁸ I nemndas bemerkninger, tredje premiss under overskriften "Vederlagsmodeller".

¹¹⁹ I nemndas bemerkninger, sjuende premiss under overskriften "Vederlagsmodeller".

¹²⁰ I nemndas bemerkninger, åttende premiss under overskriften "Vederlagsmodeller".

¹²¹ Se punkt 3.2 og 3.3.

økonomisk verdi selv om sendingene var på fransk språk, rettet mot det franske radiomarkedet og finansiert ved salg av reklame i Frankrike.¹²²

Vederlagsnemnda valgte i sak nr. 02/2006 å utmåle et vederlag bestående av to deler: et basisvederlag for å reflektere tilgjengeliggjøringen og et omsetningsbasert vederlag for å reflektere den økonomiske verdien for bruken. Konkret ble det oppstilt følgende formel:

$(\text{Vernede minutter} \times \text{dekningsgrad} \times 17) + (\text{vernedet minutter} \times \text{dekningsgrad} \times \text{P4s reklameinntekter} + \text{sponsorinntekter fra analoge kringkastingssendinger i hele hundre tusen kroner} \times 0,85 \times 0,26)$

Faktoren 0,85 gir uttrykk for at 15 % må trekkes fra inntektene som følge av salgskostnader, og faktorene 0,26 og 17 er valgt for å gi et riktig størrelsesforhold mellom vederlagsdelene

Når det gjaldt forholdet mellom de to delenes størrelse, argumenterte P4 for at basisvederlaget burde være så lavt som mulig, for at det ikke skulle virke prohibitivt for fremveksten av nye radiokanaler. Nemnda avviste anførselen og sa seg ikke enig i at Gramo skulle bære ansvaret for lave etableringshindringer.¹²³ Nemnda aksepterte således ikke et fordelingspolitisk argument, hvilket fremstår å være i samsvar med den overordnede avveiningen av brukernes og rettighetshavernes interesser, som retten til rimelig vederlag etter internasjonal rett er ment å ivareta.¹²⁴

På bakgrunn av "... den forutgående drøftelsen..."¹²⁵ kom nemnda til at det måtte legges større vekt på den faktiske lyttingen enn den potensielle. Selv om det ikke fremgår direkte av avgjørelsen fremstår det som Vederlagsnemnda legger avgjørende vekt på at det er den faktiske lyttingen som har den største økonomiske verdien for brukeren. Dette er i samsvar med økonomisk teori og for øvrig i tråd med *Lagardère*, der EU-domstolen formulerte seg slik at den franske radioutsendelsen på tysk territorium hadde "... dog en vis økonomisk verdi".¹²⁶ Underforstått var det den faktiske lyttingen som var av størst verdi for radioforetaket.

Av dette kan det sluttet at den omsetningsbaserte vederlagsmodellen Vederlagsnemnda anvender i sak nr. 02/2006 gav et godt bilde av markedsprisen for P4, da den etablerte en direkte

¹²² Sak C-192/04, *Lagardère Active Broadcasting mot SPRE og GVL* premiss 51 – 54

¹²³ I nemndas bemerkninger, siste premiss under overskriften "Vederlagsmodeller".

¹²⁴ Se punkt 2.3.2 over.

¹²⁵ I nemndas bemerkninger, siste premiss under overskriften "Vederlagsmodeller".

¹²⁶ Sak C-192/04, *Lagardère Active Broadcasting mot SPRE og GVL* premiss 54.

link mellom vederlaget og den økonomiske verdien rettigheten har for brukeren i form av reklame og sponsorinntekter, samt verdien ved å opprettholde en musikkprofil.

Det må likevel trekkes frem at modellen neppe er egnet for alle brukere. For det første vil den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris innebære at det for anvendelse av en omsetningsbasert vederlagsmodell må være mulig å etablere årsakssammenheng mellom bruken av musikk og inntektene for brukeren. Riis fremholder at brukerens omsetning i "altovervejende grad" må stamme fra utnyttelsen av de rettighetene.¹²⁷ Som eksempel trekker han frem en musikkradio. For kommersiell radiovirksomhet er det slik at den klart største delen av sendingene går med til avspilling av lydopptak. Et like klart eksempel den andre veien er at det ikke er holdbart å anvende en omsetningsbasert modell for avspilling av lydopptak i f.eks. Telenors personalkantine. Her er det klart at verdiskapningen i all hovedsak skyldes andre faktorer enn bruken av musikk i kantina.

Mellom disse ytterpunktene er det imidlertid en gråsoner av utnyttelsesformer der musikk normalt utgjør en del av en sammensatt rettighetsmasse. Et eksempel er bruk av lydopptak i tv-kringkasting. Spørsmålet om anvendelse av en omsetningsbasert vederlagsmodell for tv-kringkastere, har ikke blitt behandlet i norsk nemndspraksis. Det har imidlertid vært gjenstand for behandling i Ophavsretlicensnævnet i Danmark i sag nr. 106. Saken gjaldt tvist mellom KODA¹²⁸ og TV 2 Danmark A/S og TV 2 Networks A/S som er kommersielle allmennkringkastere. Om årsakssammenhengen mellom bruken av musikk og omsetningen uttaler nemnda:

"En kommerciel tv-stations omsætning er et mål for værdien af tv-udsendelserne, i hvilke musikken – set under ét – udgør et ikke uvæsentligt element, og det må antages, at omsætningen samtidig i et vist omfang afspejler den faktiske sening. Selv om der ikke program for program er nogen direkte sammenhæng mellem indtægter og musikanvendelse, finder nævnet på den anførte baggrund ikke grundlag for at fastslå, at KODA's krav over for de indklagede om anvendelse af en omsætningsbestemt tarif er urimeligt eller i strid med konkurrenceretlige regler..."¹²⁹

Uttalelsen fremstår unyansert i den forstand at det neppe kan legges til grunn at musikk utgjør et ikke uvesentlig element i alle kommersielle tv-stasjoners utsendelser. For rene sportskanaler eller nyhetskanaler vil musikkbruk stort sett bare forekomme i reklamepausene. Hensynet til omfanget av tilgjengeliggjøringen av musikk kan likevel ivaretas ved at størrelsen på ande-

¹²⁷ Riis (2005) s. 378 og 459.

¹²⁸ TONOs danske søsterorganisasjon.

¹²⁹ Opphavsretslicensnævnet. Sag nr. 106 s. 40.

len av omsetningen som tilkommer rettighetshaverne, gjøres avhengig av omfanget av fremført musikk i kanalen.¹³⁰

Det springende punktet for anvendelse av en omsetningsbasert vederlagsmodell, fremstår å være om det er mulig å etablere en tilstrekkelig klar årsakssammenheng mellom bruken av rettighetene og tv-kringkasternes inntekter. At det eksisterer en viss årsakssammenheng mellom en tv-stasjons bruk av musikk og omsetningen, ble slått fast i *STIM* i relasjon til den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste vederlagsmodellen som er tilgjengelig, jf. EØS-avtalen artikkel 54.¹³¹ At tv-sendinger normalt har et sammensatt innhold og rettighetsmasse, tilsier likevel at det neppe kan etableres en klar og direkte sammenheng mellom musikk som innsatsfaktor og tv-stasjonenes inntekter. Inntektene må også tilskrives andre innsatsfaktorer slik som programledere, deltakere, filmere, klippere, manusforfattere, programutviklere osv. På denne bakgrunn er det ikke åpenbart at en omsetningsbasert modell vil være den mest egnede vederlagsmodellen for å identifisere og kvantifisere den økonomiske verdien av musikkbruken for brukeren. Dersom nemndene blir presentert for en alternativ modell som gir en mer nøyaktig utregning uten å innebære en uforholdsmessig økning i administrasjonsutgifter, følger det av den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste modellen at nemndene vil være forpliktet til å anvende den alternative modellen, jf. EØS-avtalen artikkel 54. Det samme kan for øvrig sies å følge av den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris som kan utledes av retten til rimelig vederlag i internasjonal rett.¹³²

Et annet spørsmål som oppstår i forbindelse med omsetningsbaserte vederlagsmodeller, er om disse er egnet til å ivareta rettighetshavernes interesse i å motta vederlag og det overordnede incentivhensynet,¹³³ for de utnyttelsesformene der musikkbruken ikke har stor kommersiell verdi, f.eks. fordi en type musikk ikke appellerer til et bredt publikum. I slike tilfeller vil nok en vederlagsmodell bestående av et basisvederlag og et omsetningsbasert vederlag kunne representere en løsning, slik som den modellen som ble anvendt i Vederlagsnemndas sak nr. 02/2006. En slik kombinasjonsmodell vil sikre rettighetshaverne en minimumsinntekt, men det kan stilles spørsmål ved om modellen i tilstrekkelig grad også ivaretar brukernes interesser. Fra et brukerperspektiv kan det innvendes at en slik kombinasjonsmodell flytter risikoen knyttet til et omsetningsbasert vederlag fra rettighetshaverne til brukerne, fordi brukerne må investere og ofte ta risiko ved kjøp av rettigheter. Et vederlag bestående av en basissats og en

¹³⁰ Dette ble poengtert av EU-domstolen i sak C-52/07 *Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättarens Internationella Musikbyrå (STIM) upa* premiss 39.

¹³¹ Se punkt 2.4 over.

¹³² Se punkt 2.3.2 over.

¹³³ Se punkt 1.2 over.

omsetningsbasert sats innebærer at rettighetshaverne vil nyte godt av brukernes investeringer og risikotakning når det går godt, men samtidig ikke være med og dele tapet i nedgangstider.

En mulig balansering av partenes interesser kan være å gjøre størrelsen på andelen av omsetningen som skal tilfalle rettighetshaverne, avhengig av størrelsen på minimumsvederlaget. Er rettighetshaverne villige til å ta risiko, vil dette medføre et lavere basisvederlag og en større andel av omsetningen, mens valg av en lav risikoprofil vil innebære et høyere basisvederlag og lavere andel av omsetningen. At det bør være en slik sammenheng mellom de to delene av vederlaget, kan ses i sammenheng med den opphavsrettslige normen om vederlagsfastsettelse til markedspris som fremkommer i internasjonal rett, i den forstand at rettighetshaverne bør stå fritt til å velge den risikoprofil de ønsker. At rettighetshaverne skal ha innflytelse på den kollektive forvaltningsorganisasjonens risikoprofil, følger også av CRM-direktivet artikkel 8 (5) bokstav f, som angir at generalforsamlingen for medlemmene skal treffe avgjørelse om organisasjonens "risikostyringspolitikk".

For å oppsummere, kan det vises til at omsetningsbaserte vederlagsmodeller bygger på objektive kriterier som er lite kostnadskrevende å frembringe og kontrollere. Om den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris er tilstrekkelig ivaretatt, vil bero på om det kan etableres en klar årsakssammenheng mellom bruken av rettighetene og omsetningen. For kommersielle radioforetak fremstår normen normalt ivaretatt. For andre brukere, som f.eks. tv-kanaler, kan dette imidlertid være tvilsomt. Dersom årsakssammenhengen fremstår diffus, og det finnes andre vederlagsmodeller som gir en mer nøyaktig identifisering og kvantifisering av fremføringen og lytterkretsen, og som ikke innebærer en uforholdsmessig forhøyelse av administrasjonsutgiftene, vil den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen tilsi valg av andre modeller, jf. EØS-avtalen artikkel 54.

3.5 Hypotetisk markedspris

I dette punktet skal en modell for vederlagsfastsettelse av immaterielle rettigheter som har oppnådd relativt stor anerkjennelse i økonomisk teori, presenteres og holdes opp mot de opphavsrettslige og konkurranserettslige normene for valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven § 45b og 34. Modellen tar sikte på å fastsette *hva partene ville kommet frem til ved avtale*, altså den hypotetiske markedsprisen. Modellen kan sies å gå på tvers av den tradisjonelle sondringen mellom vederlagsmodell og vederlagsnivå, idet den gir en generell metode for fastsettelse av vederlagsnivået. Den vil således kunne la seg kombinere med modellene angitt over.

Hypotetisk markedspris-modellen ble foreslått anvendt i fellesbehandlingen av sak nr. 02 og 03/2010 i Kabeltvistnemnda, som gjaldt tvist mellom to kabelnettselskaper og TV 2 Gruppen AS (heretter "TV 2") om vederlaget for videresending av Hovedkanalen. Dette er saker mel-

lom private parter og faller dermed i utgangspunktet utenfor avhandlingens emne. Rapporten¹³⁴ som ble fremsatt av de sakkyndige vitnene von der Fehr og Bjørnenak, er likevel av interesse for avhandlingen da den beskriver en generell modell for fastsettelse av vederlaget for bruk av rettigheter. Jeg velger derfor å behandle den fremsatte modellen og bygge fremstillingen delvis på rapporten levert fra de sakkyndige vitnene i saken og delvis på annen relevant økonomisk teori.

Modellen tar utgangspunkt i den samlede gevinsten for partene ved å inngå avtale, og hvorledes denne gevinsten ville blitt fordelt mellom partene. Skjematisk kan modellen kan oppstilles slik:

Din gevinst = Total gevinst for begge partene oppnådd ved avtalen x din andel

Prisen for bruk av rettigheten ("din gevinst") er en bestemt del av den totale gevinsten som avtalen om bruken av rettigheten har tilført partene. For å finne den konstruerte markedsprisen, må en altså først fastsette den totale gevinsten som avtalen har tilført partene, og deretter bestemme hvilken andel av verdien som tilkommer rettighetshaverne og hvilken andel som tilkommer brukerne.

Den totale gevinsten som rettighetsbruken har tilført partene kan fastsettes ved en differansebetraktning. Først fastsettes verdiskapningen ved rettighetsbruken, og så sammenholdes denne med verdiskapningen uten rettighetsbruken. Den totale gevinsten er således ikke selskapenes inntekter og utgifter som sådan, men den forskjellen som en avtale om rettighetsbruk vil ha på disse.¹³⁵

Som påpekt av Brennan i sine undersøkelser av videresending, vil både rettighetshavernes og rettighetsbrukernes inntekter være avhengig av sluttbrukerne.¹³⁶ I saken mellom TV2 og kabelnettselskapene viser Bjørnenak og von der Fehr til at distributørens inntekter vil avhenge av sluttbrukernes betalingsvillighet for kanalen og i hvilken grad de er i stand til å hente inn denne betalingsvilligheten.¹³⁷ Samtidig vil distributørenes øvrige inntekter fra andre kanaler og andre produkter, f.eks. bredbånd og telefoni, også kunne variere, ettersom de kan tilby kanalen eller ikke, dersom kanalen er av betydning for om sluttbrukerne velger den aktuelle distributøren. Kringkasternes inntekter vil typisk bestå av vederlag fra distributøren og reklame-

¹³⁴ Bjørnenak, Trond og von der Fehr, Nils-Henrik M. *Betaling for distribusjon av TV2 i kabelnettene - prinsipielle og praktiske betraktninger* (2011)

¹³⁵ Bjørnenak/von der Fehr (2011) s. 4.

¹³⁶ Brennan (2002) s. 367.

¹³⁷ Bjørnenak/von der Fehr (2011) s. 4.

inntekter, hvilket også avhenger av størrelsen og sammensetningen av sluttbrukergruppen, samt hvorvidt sluttbrukerne ville velge å se kanalen på andre måter dersom kanalen ikke lenger var tilgjengelig fra kabelnettdistributørene.

Informasjon om hvilken gevinst en avtale om rettighetsbruk medfører, kan fremskaffes på ulike måter. I tvisten mellom TV2 og kabelnettselskapene viste de sakkyndige til at relevante informasjonskilder kan være hva andre distributører på andre plattformer betaler for TV2, hva kabelnettdistributørene betaler for andre kanaler (dersom prisene er fremforhandlet ved frie forhandlinger), en andel av sluttbrukerprisen der TV2 inngår i en pakke og sluttbrukerprisen for TV2 hos de distributørene som selger kanalen separat.¹³⁸ Andre metoder kjent fra økonomisk teori er bruk av spørreundersøkelser hos sluttbrukerne, observasjoner og analyser av sluttbrukernes preferanser, og å undersøke når brukerne vil gå over til substitutter (f.eks. ikke-beskyttet musikk eller å la være å anvende musikk) osv. Det synes ikke å være noen alminnelig enighet om hvilken fremgangsmåte som er den mest egnede.¹³⁹

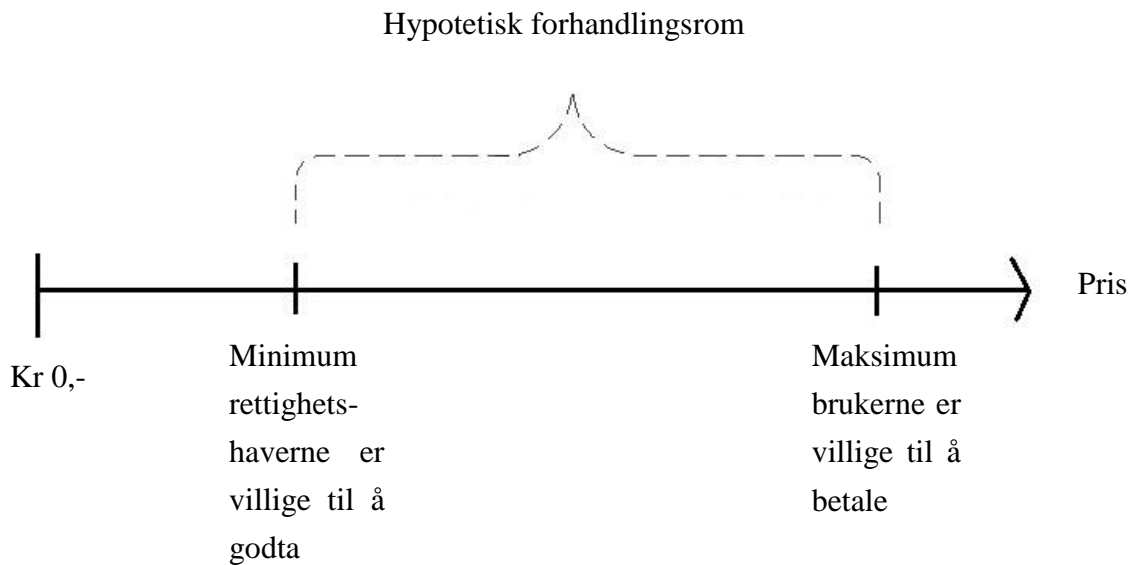
Når den totale gevinsten er fastsatt, blir neste spørsmål hvilken del av gevinsten som tilhører hver av partene. Det er to forhold som avgjør denne fordelingen: partenes alternativer til å inngå avtalen og deres relative forhandlingsstyrke.¹⁴⁰

De ytre grensene for hva partene vil være villige til å akseptere, bestemmes av deres alternativer til å inngå avtale. Ingen rasjonell aktør vil være villig til å inngå en avtale på dårligere vilkår enn hva vedkommende kunne oppnådd uten avtalen. Dette kan oppstilles slik:

¹³⁸ Bjørnenak/von der Fehr (2011) s. 19 – 26.

¹³⁹ Se til sammenlikning de forskjellige metodene som fremsettes i PwC: *Valuing the use of recorded music* (2008).

¹⁴⁰ Bjørnenak/von der Fehr (2011) s. 5.



Konkret i forholdet mellom TV 2 og kabelnettselskapene fremhevet de sakkyndige på side 6 i rapporten at kabelnettselskapenes alternativer avhenger av i hvilken grad det finnes andre kanaler som helt eller delvis kan erstatte TV 2 i sluttbrukernes øyne. For TV 2 vil alternativet til å inngå avtale med de konkrete kabelnettselskapene være å inngå avtaler med andre distributører, det være seg enten andre kabelnett eller andre former for distribusjon, for å nå ut til seerne.

Det er av dette klart at konkurranseforholdene har betydning for partenes alternativer til å inngå den konkrete avtalen om bruk av rettighetene.¹⁴¹ Dette vil også gjøre seg gjeldende ved kollektiv rettighetsklarering. At både Norwaco og Gramo har monopol på lisensiering av rettighetene under § 45b og § 34 jf. § 2, tilsier at brukernes alternativ til å inngå avtale med Gramo eller Norwaco, vil være å ikke benytte de aktuelle musikkverkene.

For Norwacos del innebærer en slik monopolposisjon stor markedsmakt, fordi Norwaco har adgang til å nekte bruk av rettighetene og dermed presse prisene oppover.¹⁴² Dette forsterkes av det forhold at videresendingsrettighetene klareres i siste ledd i verdikjeden, løsrevet fra de individuelle forhandlingene om de øvrige rettighetene i verket. Når spørsmålet om klarering

¹⁴¹ Bjørnenak/von der Fehr (2011) s. 6 – 10.

¹⁴² Det samme kan sies å gjelde for rettighetene som forvaltes av TONO.

av videresendingsrettigheter oppstår, har brukersiden dermed allerede gjort investeringer i rettighetsbruken og vil således ha mest å tape ved manglende klarering. Dette kan bidra til å presse grensen for hva brukerne er villige til å betale oppover. For Gramos del vil situasjonen være annerledes fordi en vederlagsrett ikke gir adgang til å nekte bruk. Vederlagsfastsettelsen vil således typisk skje i etterkant av bruken, noe som kan vanskeliggjøre avtaleslutning og muligens også bidra til å presse grensen for hva rettighetshaverne er villig til å godta nedover.

Innenfor partenes hypotetiske forhandlingsrom vil den konkrete prisen avgjøres av partenes forhandlingsstyrke.¹⁴³ Økonomisk teori gir ikke noe entydig svar på hva som avgjør partenes forhandlingsstyrke. Det er i teorien likevel oppstilt en rekke forhold som kan spille en rolle, slik som organiseringen av forhandlingsprosessen, erfaring, dyktighet, psykologi, bransjenormer osv.¹⁴⁴

Et spørsmål som oppstår i relasjon til gevinstfordelingen, er om det rettslig sett er riktig å legge til grunn det faktiske styrkeforholdet mellom partene. Som angitt over var en del av den legislative begrunnelsen for nemndsordningen nettopp at rettighetssiden ikke skal kunne misbruke markedsrett ved å blokkere distributørene.¹⁴⁵ Dette tilsier at modellen bør modereres noe. Som påpekt av Riis er det *markedsverdien på et velfungerende marked* som er relevant, og denne vil ikke nødvendigvis være like høy eller lav som det vederlaget som markedet rent faktisk ville kunne tåle.¹⁴⁶ Underforstått følger det av dette at partene ikke bør ha adgang til å presse prisen opp eller ned som følge av stor markedsrett. Det må etter dette legges til grunn at den hypotetiske markedsprisen vil måtte ta utgangspunkt i en tenkt markedsituasjon der det eksisterer en viss konkurranse slik at begge parter viser villighet til å forhandle.¹⁴⁷

Om en skal vurdere modellen som her er framsatt, opp mot de opphavsrettslige normene om utregning til markedspris, objektive kriterier og begrunnede administrasjonskostnader som kan utledes av internasjonal rett,¹⁴⁸ kan det vises til at hypotetisk markedspris-modellen har til formål å regne ut ved økonomiske betraktninger hva partene ville kommet frem til i et velfungerende marked. Modellen gir således et mest mulig korrekt svar på hva som er utnyttelsens markedsverdi. Da modellen bygger på objektive, målbare kriterier, vil også objektivitetsnormen være ivaretatt.

¹⁴³ Kabeltvistnemnda sak nr. 02 og 03/2010 s. 7.

¹⁴⁴ Bjørnenak/von der Fehr (2011) s. 6.

¹⁴⁵ Se punkt 2.2.4 over.

¹⁴⁶ Riis (2005) s. 378.

¹⁴⁷ Se i denne retningen, definisjonen av et velfungerende marked i PwC: *Valuing the use of recorded music* (2008) s. 10.

¹⁴⁸ Se punkt 2.3.2 over.

Modellens største svakhet fremstår å være kompleksiteten og de økonomiske kostnadene forbundet med *operasjonaliseringen* av det teoretiske rammeverket til en praktikabel modell. Det er alminnelig anerkjent i rettsøkonomien at økonomiske modeller ofte kan være svært vanskelige å anvende i praksis. Enhver modell innebærer en forenkling av virkeligheten, og det bør alltid vurderes hvorvidt en modell er egnet til å fange opp de relevante forholdene i en konkret sak.¹⁴⁹ Videre kreves det gjennomgående kartlegging av relevant informasjon som overstiger det som er praktisk mulig, og ofte vil rettsanvenderne mangle den nødvendige kunnskapen om hvordan mer avanserte, økonomiske modeller skal gjennomføres.¹⁵⁰

Vanskeligheter forbundet med operasjonaliseringen av modellen fremstår som sannsynlige grunner til at Kabeltvistnemnda ikke gjorde bruk av modellen i sak nr. 02 og 03/2010. Selv om Kabeltvistnemnda sa seg enig i modellen som et "teoretisk utgangspunkt" for vederlagsfastsettelsen, mente nemnda at metoden gav "... begrenset veiledning når det ikke er avklart hvilke prisopplysninger som skal legges til grunn."¹⁵¹ Det fremstår ikke klart hva som ligger i nemndas formuleringer og hvorfor det ikke kunne gjøres anvendelse av de forskjellige empiriske grunnlagene som det vises til i de sakkyndiges rapport.

Til støtte for anvendelse av økonomiske modeller i vederlagsberegningen under åndsverkloven §§ 45b og 34, kan det fremholdes at EU-domstolen i *SENA* gir anvisning på bruk av sakkyndige.¹⁵² Det har også vært vanlig, særlig i saker for Kabeltvistnemnda, at partene stiller med hver sine sakkyndige. Informasjonsproblemene bør dermed kunne overvinnes.

Det springende punktet fremstår å være kostnadene forbundet med fremskaffelsen og oppfølgingen av et relevant og tilstrekkelig faktisk opplysningsgrunnlag. Påliteligheten av svaret modellen gir, vil være avhengig av kvaliteten på de faktiske opplysningene som det bygger på. Hvilke opplysninger som behøves vil være et spørsmål som må avgjøres av den økonomiske teorien og de konkrete forholdene i saken, mens kostnadsrammen for hva som anses som "begrunnede" administrasjonsomkostninger vil være et juridisk spørsmål.¹⁵³ At hypotetisk markedspris-modellen ikke nødvendigvis vil innebære særlig høye administrasjonsutgifter, kan illustreres av de sakkyndiges rapport i sak 02 og 03/2010 i Kabeltvistnemnda. Hadde nemnda valgt å anvende prisnivået på konkurrerende plattformer som målestokk for kabel-

¹⁴⁹ Eide/Stavang (2008) s. 53.

¹⁵⁰ Kolstad (2008) s. 437.

¹⁵¹ Kabeltvistnemnda sak nr. 02 og 03/2010 s. 19.

¹⁵² Sak C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* premiss 44.

¹⁵³ CRM-direktivet artikkel 12 (3) første avsnitt. For nærmere om tolkningen av kriteriet, se punkt. 3.3.3.

nettselskapenes gevinst, hadde dette vært informasjon som er offentlig tilgjengelig og lite kostbar å fremdrive. Andre kilder til informasjon som er offentlig tilgjengelig, kan være statistikk fra Statistisk Sentralbyrå eller publikasjoner fra statlige organer og forskningsinstitutter.

Også den konkurranserettslige normen etter EØS-avtalen artikkel 54 om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen,¹⁵⁴ vil kunne begrunne anvendelse av økonomiske modeller slik som den her fremsatt. Der administrasjonskostnadene kan holdes på et forsvarlig nivå, følger det av *STIM* at blant alternative modeller med et forsvarlig kostnadsnivå skal den modellen med størst nøyaktighet i utregningen legges til grunn.

For å oppsummere kan det sies at hypotetisk markedspris-modellen representerer en økonomisk modell for prisfastsettelse av immaterielle rettigheter som kan tenkes anvendt i vederlagsberegningen under åndsverkloven §§ 45b og 34. Anvendelsen av modellen vil særlig avhenge av om kostnadene forbundet med operasjonalisering av teorien til en praktikabel modell, er innenfor det begrunnede etter CRM-direktivet artikkel 12 (3) og ikke innebærer en uforholdsmessig forhøyelse av administrasjonsutgiftene etter EØS-avtalen artikkel 54. I utgangspunktet vil både den opphavsrettslige normen om vederlagsfastsettelse til markedspris og den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen, legge til rette for økt bruk av økonomiske modeller som gir mer nøyaktighet i utregningen.

¹⁵⁴ Se punkt 2.4 over.

4 Noen avsluttende bemerkninger

Avhandlingens siktemål var å undersøke forholdet mellom retten til rimelig vederlag og valg og utforming av vederlagsmodeller i nemndspraksis under åndsverkloven §§ 45b og 34. For øvrig var det også et siktemål å undersøke betydningen av det konkurranserettslige forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling for valg og utforming av vederlagsmodeller i nemndspraksis under åndsverkloven §§ 45b og 34.

Av retten til rimelig vederlag i internasjonal rett kan det utledes at vederlagsmodellene må resultere i markedspris, bygge på objektive kriterier og at kostnader forbundet med utøvelsen av modellene ikke må overstige det begrunnede. Av *STIM* kan det utledes at EØS-avtalen artikkel 54 oppstiller en norm om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen med størst nøyaktighet i utregningen, med mindre anvendelse av en slik modell medfører en uforholdsmessig stigning i administrasjonskostnadene.

Drøftelsene av modellene viser at engangsvederlagsmodellen ikke er i samsvar med det opphavsrettslige kravet om objektive kriterier i modellen. Engangsvederlagsmodellen vil også være problematisk i relasjon til den konkurranserettslige normen om valg av den beste tilgjengelige modellen med mest nøyaktig identifisering og kvantifisering av tilgjengeliggjøringen og lytterkretsen, men dette vil måtte vurderes konkret på bakgrunn av hvilke andre modeller som er tilgjengelige.

For modellene som samlet kan betegnes som variabelt vederlag, fremkommer det av drøftelsene at den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris tilsier at vederlagsmodellene må ta hensyn til både omfanget av tilgjengeliggjøringen av musikk og omfanget av lytterkretsen. Dette følger også av den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen til enhver tid. Av denne grunn fremstår vederlagsmodeller som bare tar hensyn til omfanget av fremføringen som problematiske under begge regelverk. For modellene som bygger på sjablonmessige kriterier må det etter både konkurranseretten og opphavsretten foretas en avveining av nøyaktigheten i utregningen mot driftskostnadene forbundet med utøvelsen av vederlagsmodellene.

For den omsetningsbaserte vederlagsmodellen er det særlig den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris som kan fremstå som problematisk for visse brukere, da normen forutsetter at det må være mulig å etablere en direkte årsakssammenheng mellom musikkbruken og inntektene. For brukere der inntektene kan føres tilbake til flere andre innsatsfaktorer, og årsakssammenhengen dermed fremstår mer diffus, vil den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen kunne medføre krav om anvendel-

se av andre modeller, dersom disse gir mer nøyaktighet i identifiseringen og kvantifiseringen av tilgjengeliggjøringen og lytterkretsen.

For hypotetisk markedspris-modellen er det først og fremst kostnadene ved operasjonalisering av teorien som må vurderes. Både den opphavsrettslige normen om begrunnede kostnader og den konkurranserettslige normen om anvendelse av den beste tilgjengelige modellen, krever forholdsmessige driftskostnader forbundet med utøvelse av modellen.

Et interessant forhold som fremkommer i drøftelsene av modellene er at det i stor grad synes å være samsvar mellom de opphavsrettslige og konkurranserettslige normene for valg og utforming av vederlagsmodeller. Drøftelsene viser at den opphavsrettslige normen om vederlagsberegning til markedspris i stor grad trekker i samme retning som den konkurranserettslige normen om at det skal velges den beste modellen som på mest mulig nøyaktig måte identifiserer og kvantifiserer omfanget av utsendelsen og lytterkretsen. Av både de konkurranserettslige og opphavsrettslige normene følger det videre et krav om forholdsmessig kostnadsbruk forbundet med utøvelse av modellene.

Denne sammenhengen mellom de opphavsrettslige og konkurranserettslige normene kan ses under flere synsvinkler. En synsvinkel kan være at de konkurranserettslige normene gir uttrykk for en viss "konkurranserettslig forsiktighet"¹⁵⁵ ved valg og utforming av vederlagsmodeller under åndsverkloven §§ 45b og 34. Da vederlagsmodeller er et nødvendig redskap i utøvelsen av rettigheter, og et redskap som nødvendigvis vil måtte tilpasses markedsvilkårene, kan det synes å være i samsvar med læren om opphavsrettens særlig karakter at konkurranse-retten ikke oppstiller særskilte krav til modellene, utover anvendelsen av den beste tilgjengelige modellen.

En annen synsvinkel kan være at de opphavsrettslige normene om markedspris og objektive kriterier, som følger av rettskildefaktorer av nyere dato som *SENA*-avgjørelsen og CRM-direktivet, legger opp til vurderinger som synes å være inspirert av grunnleggende konkurranserettslige krav om objektiv prisfastsettelse og forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Etter min mening kan dette ha en positiv effekt ved at det åpner opp for at det ved løsningen av opphavsrettslige spørsmål kan ses hen til løsningen av tilsvarende spørsmål i konkurranseretten, og det sparsomme rettskildebildet i relasjon til retten til rimelig vederlag kan dermed suppleres med konkurranserettslige innsikter.

¹⁵⁵ Begrep hentet fra Muldin (2001) s. 558.

5 Litteraturliste

Litteratur

Brennan, David. *Fair price and public goods: a theory of value applied to retransmission*. I: International Review of Law and Economics 22, 2002, s. 347 – 375 (sitert fra Westlaw International).

Brennan, David. *What is Equitable Remuneration for Intellectual Property Use?* Artikkel utarbeidet for deltagerne på et seminar ved Oxford Intellectual Property Research Centre, 25. januar 2005. <http://www.oiprc.ox.ac.uk/papers/EJWP0105.pdf> [sitert 11.09.2014]

Drexl, Josef. *Collecting Societies and Competition Law*. 2007. http://ip.mpg.de/shared/data/pdf/drexl_-_crmos_and_competition.pdf [sitert 12.02.2007]

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2001.

Eide, Erling og Stavang, Endre. *Rettsøkonomi*. Oslo, 2008.

Elkin-Koren, Niva og Salzberger, Eli M. *The Law and Economics of Intellectual Property in the Digital Age. The limits of analysis*. Oxfordshire, 2013.

Handke, Christian og Towse, Ruth. *Economics of Copyright Collecting Societies*. I: International Review of Intellectual Property and Competition Law 38, 2007, s. 937 – 957 (sitert fra Beck-online).

Karnell, Gunnar W.G. *Skälig erstatning, rimelig kompensasjon*. I: Festskrift til Mogens Kocktvedgaard. København, 2003, s. 281 – 302.

Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder. Særlig om Grunnloven § 97*. Oslo, 1948.

Kolstad, Olav. *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*. Oslo, 1998.

Kolstad, Olav. *Rettsøkonomi i juridisk argumentasjon*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 121, 4-5/2008, 393-441 (sitert fra Idunn.no)

Lunde, Tore. *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*. Bergen, 2001.

Muldin, Kenth. *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*. I: NIR. Nordisk immateriellt rättsskydd, 4/2001, s. 542 – 559.

Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. Oslo, 1999.

Riis, Thomas. *Enerettigheter og vederlagsrettigheter. Håndhævelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspektiv*. 1. utgave. København, 2005.

Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrett*. Oslo, 2009.

Schovsbo, Jens. *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*. København, 1996.

Whish, Richard og Bailey, David. *Competition law*. 7. Utgave. New York, 2012.

Lovgivning

Norske lover

- 1956 Lov om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstneres prestasjoner mv. (fondsavgiftsloven) av 14. desember 1956 nr. 4.
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992.
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12.

Norske forskrifter

- 2001 Forskrift til åndsverkloven (lov av 12. mai 1961 nr.2 om opphavsrett til åndsverk m.v.) av 21. desember 2001 nr. 1563.

Traktater

- | | |
|---|--|
| Bernkonvensjonen | Berne convention for the protection of literary and artistic works, Bern 1886. Revidert Paris 1896, Berlin 1908, Bern 1914, Roma 1928, Brussel 1948, Stockholm 1967 og Paris 1971. |
| Romakonvensjonen | Rome convention. International convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organisations, Roma 1961. |
| TRIPS | Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh 1994. |
| WIPO Copyright Treaty | WIPO Copyright Treaty, Geneve 1996. |
| WIPO Performances and Phonograms Treaty | WIPO Performances and Phonograms Treaty, Geneve 1996 |

TEUV

Traktaten om den europeiske unions virkemåte, Lisboa 1997

EU-direktiver

Rdir 93/83/EØF

Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (SatCab-direktivet).

EP/Rdir 2001/29 EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (Infosoc-direktivet).

EP/Rdir 2006/115/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (utleie- og utlånsdirektivet).

EP/Rdir 2014/26/EU

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/26/EU af 26. februar 2014 om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder samt multiterritoriale licenser for rettigheder til musikværker med henblik på onlineanvendelse i det indre marked.

Dommer

Norske dommer

TOSLO-2010-172932-2 (Riks-TV)

Utenlandske dommer

Federal Patent Court (Bundespatentgericht, Tyskland) 7. juni 1991, Sak nr. 3 Li 1/90 (EU) "Compulsory License for Pharmaceutical Product". Publisert på engelsk i *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 3/1993, s. 397 - 404 (siteret fra Beck-online).

EU-domstolens avgjørelser

Basset

Sak 402/85, *G. Basset mot SACEM*, Sml. 1987 s. 1747.

BRT II

Sak 127/73, *Belgische Radio en Televisie mot SV SABAM og NV Fonior*, Sml. 1974 s. 313.

Hoffmann La-Roche

Sak 102/77 *Hoffmann La-Roche & Co AG mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 1139.

Hugin	Sak 22/78, <i>Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd mot Kommisjonen</i> , Sml. 1979 s. 1869.
Höfner og Elsner	Sak C-41/90, <i>Klaus Höfner og Fritz Elsner mot Macrotron GMBH</i> , Sml. 1991 s. I-1979.
Lagardère	Sak C-192/04, <i>Lagardère Active Broadcasting mot SPRE og GVL</i> , Sml. 2005 s. I-7199.
Michelin	Sak 322/81, <i>N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommisjonen</i> , Sml. 1983 s. 3461.
OSA	Sak C-351/12, <i>OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. mot Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.</i> , ikke publisert.
Phil Collins	Forente saker C-92 og C-326/92, <i>Phil Collins mot Imrat Handelsgesellschaft mbH og Patricia Imund Export Verwaltungsgesellschaft mbH og Leif Emanuel Kraul mot EMI Electerola GmbH</i> , Sml. 1993 s. I-5145.
SENA	Sak C-245/00, <i>Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)</i> , Sml. 2003 s. I-01251.
STIM	Sak C-52/07, <i>Kanal 5 Ltd, TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa</i> . Sml. 2008 s. I-9275.
Tournier	Sak 395/87, <i>Anklagemyndigheden mot Jean-Louis Tournier</i> , Sml. 1989 s. 2521.
United Brands	Sak 27/76, <i>United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen</i> , Sml. 1987 s. 207.

Forarbeider

NOU

NOU 1984:25	Nabolandfjernsyn i kabel. VidereSending av utenlandske radio- og fjernsynsprogram i kabel m.v. i Norge.
NOU 1985:30	Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner.

Proposisjoner

Ot.prp.nr.80 (1984-1985)	Om nabolandfjernsyn i kabel. Lov om endringer i I) lov 13. juni 1980 nr. 36 om kringkasting II) lov 12 mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. III) lov 17 juni 1960 nr. 1 om rett til fotografi.
Ot.prp.nr.36 (1988-1989)	Sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner. Lov om endringer i I) Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. II) Lov 14. desember 1956 nr. 4 om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.
Ot.prp.nr.15 (1994-1995)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Ot.prp.nr.15 (1999-2000)	Om lov om endringer i åndsverkloven og lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.
Ot.prp.nr. 6 (2003-2004)	A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Høringer

Kulturdepartementet. Høringsnotat: *Endringer i åndsverkloven. Forslag om – gjennomføring av EUs hitteverkdirektiv – generell avtalelisens – endringer i tvisteløsningsbestemmelsene – oppheving av reglene om Det sakkyndige råd* (2014)
http://www.regjeringen.no/upload/KUD/Medier/Hoeringssaker/Hoeringsnotat-hitteverkdirektiv_2014_2.pdf [sitert 16.10.2014]

Forvaltningspraksis

Vederlagsnemnda

Sak nr. 01/1992 (1992) (Sitert fra lovdata)
 Sak nr. 01/1995 (1995) (Sitert fra lovdata)
 Sak nr. 01/1999 (1999) (Sitert fra lovdata)
 Sak nr. 01/2004 (2004) (Sitert fra lovdata)
 Sak nr. 01/2005 (2005) (Sitert fra lovdata)
 Sak nr. 01/2006 (2006) (Sitert fra lovdata)
 Sak nr. 02/2006 (2006) (Sitert fra lovdata)
 Sak nr. 03/2006 (2006) (Sitert fra lovdata)

Kabeltvistnemnda

Sak nr. 04 og 05/1993 (1993)
<http://www.regjeringen.no/upload/KKD/Medier/kabelnemnda%201993%20%20sak%204%20og%205.pdf> [sitert 23.09.2014]

Sak nr. 01, 02, og 03/1994 (1994)

<http://www.regjeringen.no/upload/KKD/Medier/Kabelnemnda%201994%20-%20123.pdf>

[sitert 23.09.2014]

Sak nr. 02/2010 (2011) <http://www.regjeringen.no/upload/KUD/Medier/Avgjorelse-2-2010.pdf> [sitert 19.09.2014]

Sak nr. 03/2010 (2011) <http://www.regjeringen.no/upload/KUD/Medier/Avgjorelse-3-2010.pdf> [sitert 19.09.2014]

Andre kilder

Bjørnenak, Trond og von der Fehr, Nils-Henrik M. *Betaling for distribusjon av TV2 i kabel-nettene - prinsipielle og praktiske betraktninger* (2011) <http://www.cristin.no/as/WebObjects/cristin.woa/wo/2.Profil.29.25.2.3.15.1.31.3> [sitert 26.09.2014]

Gramo. Årsmelding 2013.

https://gramo.no/files/articles/168/Iad09/brosj_A4_32s_gramo_a_rsmelding_2013_web.pdf [sitert 21.11.2014]

Kommissionens meddelelse om om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret. EF-Tidende nr. C 372 av 09.12.1997 s. 5 – 13.

NKF (Norsk Komponistforening) og NOPA (Norsk forening for komponister og tekstforfattere). *Veiledning for beregning av komponisthonorar*. (1. april 2014) http://www.nopa.no/images/stories/Komponisthonorar_2014.pdf [sitert 06.10.2014]

Norske film- og tv-produsenters forening og norsk skuespillerforbund. *Overenskomst mellom Norske film- og tv-produsenters forening (PF) og Norsk skuespillerforbund (NSF) vedrørende produksjon og tilgjengeliggjøring av reklamefilm*. (28.06.12) http://www.skuespillerforbund.no/images/avtaler/12_reklamefilm_juni1.pdf [sitert 06.10.2014]

Ophavsretslicensnævnet. Sag nr. 106 (26. juni 2008)

http://kum.dk/uploads/tx_templavoila/sag_106.pdf [sitert 21.11.2014]

PricewaterhouseCoopers Australia (PwC). *Valuing the use of recorded music*. (juli 2008) http://www.ifpi.org/content/library/valuing_the_use_of_recorded_music.pdf [sitert 14.09.2014]